

- rozhodnutí České národní banky č.j. 2022/85885/570 ze dne 29. srpna 2022, sp.zn. Sp/2019/596/573

Sekce licenčních a sankčních řízení

V Praze dne 29. srpna 2022
Č.j. 2022 / 85885 / 570
Ke sp. zn. Sp/2019/596/573
Počet stran: 70

Česká spořitelna, a.s.
IČO: 452 44 782
Olbrachtova 1929/62
140 00 Praha 4

ROZHODNUTÍ

Česká národní banka (dále též jen „ČNB“ nebo „správní orgán“) jako orgán dohledu nad finančním trhem podle zákona č. 6/1993 Sb., o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ČNB“), orgán dohledu nad bankami podle zákona č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o bankách“), orgán dohledu nad kapitálovým trhem podle zákona č. 15/1998 Sb., o dohledu v oblasti kapitálového trhu a o změně a doplnění dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o dohledu“) a podle zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZPKT“), dále provedeného vyhláškou č. 163/2014 Sb., o výkonu činnosti bank, spořitelních a úvěrních družstev a obchodníků s cennými papíry, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Vyhláška 163/2014“), příslušný orgán podle nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2017/565 ze dne 25.4.2016, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/65/EU, pokud jde o organizační požadavky a provozní podmínky investičních podniků a o vymezení pojmů pro účely zmíněné směrnice, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Nařízení 2017/565“) a orgán dohledu nad dodržováním povinností depozitáře investičního fondu podle zákona č. 240/2013 Sb., o investičních společnostech a investičních fondech, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZISIF“) dále provedeného nařízením vlády č. 243/2013 Sb., o investování investičních fondů a o technikách k jejich obhospodařování, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Nařízení vlády 243/2013“), a podle nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 231/2013 ze dne 19.12.2012, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/61/EU, pokud jde o výjimky, obecné podmínky provozování činnosti, depozitáře, pákový efekt, transparentnost a dohled, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nařízení AIFMR“) a nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 2016/438 ze dne 17.12.2015, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/65/ES, pokud jde o povinnosti depozitářů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nařízení UCITS V“), rozhodla v řízení vedeném podle zákona č. 250/2016 Sb., zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „přestupkový zákon“) ve spojení se zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) se společností Česká spořitelna, a.s., IČO: 452 44 782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4, takto:

I.

Společnost Česká spořitelna, a.s., IČO: 452 44 782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4, se uznává vinnou, že

- (i) neuchovala veškeré záznamy telefonických hovorů se zákazníky a potenciálními zákazníky týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, za období od 3.1.2018 do 20.11.2018, když v případě pracovních pozic investiční specialisté, Erste Premier a Erste Private banking v období od 3.1.2018 do 17.6.2018 a v případě pracovníků segmentů Mass market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) v období od 3.1.2018 do 20.11.2018 používala ke komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky nenahrávané telefonní linky,
- (ii) nezajistila v případě mobilních telefonních linek přidělených pracovníkům segmentů Mass Market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) v období od 21.11.2018 do 14.7.2020 takový systém uchování záznamů telefonických hovorů, který by znemožňoval s těmito záznamy jinak manipulovat nebo je pozměňovat, když používala k nahrávání telefonických hovorů se zákazníky nebo potenciálními zákazníky uskutečněných z těchto linek aplikaci BeeMobile, jejíž nastavení umožňovalo jejím pracovníkům rozhodnout, zda telefonické hovory zaznamenají, a tedy uchovají, či nikoliv,
- (iii) k 21.11.2018 v případě útvaru 3710 – Obchody treasury pro firemní klienty, k 22.11.2018 v případě útvaru 3730 – Správa aktiv pro institucionální klienty a k 13.1.2019 v případě útvaru 3720 – Obchody na kapitálových trzích pro institucionální klienty nezajistila, aby její řídicí a kontrolní systém zahrnoval řádné administrativní postupy v oblasti uchování záznamů komunikace se zákazníkem, týkající se investičních služeb, a záznamy komunikace s potenciálním zákazníkem, když do svých vnitřních předpisů nezpracovala povinnost pracovníků těchto útvarů pořizovat záznamy z osobních jednání se zákazníky, týkající se investičních služeb, a záznamy z osobních jednání s potenciálními zákazníky,
- (iv) k 14.2.2019 neplnila řádně kontrolní povinnosti depozitáře investičního fondu, když neprováděla s výjimkou oblasti oceňování zpětně doložitelné systematické ověřování vhodnosti postupů a procesů investičních společností či samosprávných investičních fondů, pro které vykonávala činnost depozitáře, s výjimkou fondů kvalifikovaných investorů, jejichž obhospodařovatelé nejsou oprávněni přesáhnout rozhodný limit,
- (v) v případě investičního fondu INVESTIKA realitní otevřený podílový fond neprováděla řádně kontrolu, zda byla v souladu se ZISIF, nařízením AIFMR, statutem tohoto fondu a ujednáními depozitářské smlouvy vypočítána aktuální hodnota podílového listu a oceňován majetek a dluhy tohoto investičního fondu, když
 - (a) k 31.1.2019 nezávisle neověřila stanovení hodnoty alikvotního úrokového výnosu z půjček v majetku tohoto investičního fondu a stanovení hodnoty nemovitostních společností v majetku tohoto investičního fondu k datu

stanovení čisté hodnoty aktiv tohoto investičního fondu, neboť nedisponovala nezávislými zdroji informací pro účely této kontroly a své kontrolní postupy sdílela s INVESTIKA investiční společností, a.s., pro kterou vykonávala činnost depozitáře, a

- (b) v období od 30.6.2018 do 30.10.2018 řádně neověřovala, zda při stanovení hodnoty nemovitostí v majetku tohoto investičního fondu byl výborem odborníků INVESTIKA investiční společnost, a.s. použit vhodný a soudržný postup oceňování aktiv tohoto investičního fondu a zda jsou zvolené postupy nadále efektivní a věrohodné, neboť nedisponovala dostatečným zdrojem informací pro provedení této kontroly,
- (vi) v případě investičního fondu INVESTIKA realitní otevřený podílový fond
- (a) k 31.1.2019 nezavedla a neuplatňovala vhodné postupy k ověření, že investiční fond a obhospodařovatel jednají v souladu s platnými právními předpisy a se statutem a zakládacími dokumenty investičního fondu a dodržují investiční omezení, neboť výstup kontroly neobsahoval ucelený přehled investičních limitů a jejich hraničních hodnot, které musí investiční fond dodržovat podle statutu a právních předpisů, kontrolní soubor neobsahoval data potřebná pro výpočet některých limitů, jednotlivé kroky kontroly dodržování investičních limitů nebyly plně rekonstruovatelné, a mohlo tak docházet k reálnému překračování investičních limitů, aniž by depozitář tuto skutečnost identifikoval, a
 - (b) ke dni 28.2.2019 a 31.3.2019 neprovedla kontrolu investičních limitů týkajících se poskytnutých úvěrů podle ustanovení § 74 odst. 3 Nařízení vlády 243/2013;

č í m ž p o r u š i l a

- ad (i) povinnost podle ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT,
- ad (ii) povinnost podle ustanovení § 17 odst. 4 písm. a) ZPKT ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 a 2 ZPKT a čl. 72 odst. 1 písm. c) Nařízení 2017/565,
- ad (iii) povinnost podle ustanovení § 12a odst. 1 písm. e) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022 ve spojení s ustanovením § 10 odst. 3 písm. a) bod 1 Vyhlášky 163/2014,
- ad (iv) povinnost podle § 73 odst. 1 ZISIF ve spojení s § 73 odst. 4 ve znění účinném do 30.4.2020, čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR a čl. 3 odst. 2 nařízení UCITS V,
- ad (v)(a) a ad (v)(b) povinnost podle ustanovení § 73 odst. 1 písm. b) a c) ZISIF ve spojení § 73 odst. 4 ve znění účinném do 30.4.2020, čl. 92 odst. 2 a čl. 94 odst. 1 nařízení AIFMR,
- ad (vi)(a) a ad (vi)(b) povinnost podle čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR,

a d o p u s t i l a s e

ad (i) a ad (ii) přestupku obchodníka s cennými papíry podle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022,

ad (iii) přestupku obchodníka s cennými papíry podle § 164 odst. 1 písm. e) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022,

ad (iv), ad (v)(a) a ad (v)(b) přestupku deponitáře investičního fondu podle § 612 odst. 1 písm. n) ZISIF,

ad (vi)(a) a ad (vi)(b) přestupku deponitáře investičního fondu podle § 612 odst. 1 písm. t) ZISIF ve znění účinném do 30.4.2020,

z a c o ž s e j í u k l á d á

podle ustanovení § 164 odst. 4 písm. a) ZPKT pokuta ve výši 3 000 000 Kč (slovy tři miliony korun českých). Pokuta je splatná do 30 dnů od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro hlavní město Prahu vedený u České národní banky, č. 2700-67724011/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol je identifikační číslo plátce.

II.

Společnosti Česká spořitelna, a.s., IČO: 452 44 782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4, se podle ustanovení § 79 odst. 5 správního řádu ve vazbě na ustanovení § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění vyhlášky č. 112/2017 Sb., ukládá povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou ve výši 1 000 Kč (slovy jeden tisíc korun českých). Náhrada nákladů řízení je splatná do 30 dnů od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet České národní banky č. 115-69193891/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol je identifikační číslo plátce.

O D Ů V O D N Ě N Í

A. Identifikace účastníka řízení

1. Česká spořitelna, a.s., IČO: 452 44 782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4 (dále též jen „účastník řízení“) je od 30.12.1991 zapsán v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, oddíl B, vložka 1171, jako akciová společnost, jejímž předmětem podnikání jsou bankovní činnosti uvedené v § 1 odst. 1 písm. a) a b) a odst. 3 zákona o bankách a dále také činnosti vykonávané pro jiného, které souvisejí se zajištěním provozu účastníka řízení a jím ovládaných jiných bank, spořitelních a úvěrních družstev, obchodníků s cennými papíry, pojišťoven, zajišťoven, finančních institucí a podniků pomocných bankovních služeb.¹

¹ Viz <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=711786&typ=PLATNY>.

2. Účastník řízení je bankou, jež je v rozsahu udělené bankovní licence ode dne 30.12.1991 oprávněna provozovat činnost podle zákona o bankách včetně poskytování investičních služeb a výkonu činnosti depozitáře.
3. Jediným akcionářem účastníka řízení je společnost Erste Group Bank AG se sídlem Am Belvedere 1, 1100 Vídeň, Rakouská republika.

B. Rozhodná právní úprava a způsob posuzování jednání účastníka řízení

4. Podle článku 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod vyhlášené jako součást ústavního pořádku České republiky usnesením Předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán; pozdějšího zákona se použije, je-li to pro pachatele příznivější. Právní úprava rozhodná pro posouzení jednání účastníka řízení je obsažena v ZPKT, nařízení AIFMR a ZISIF.
5. ZPKT byl v období od 3.1.2018 do dne vydání tohoto rozhodnutí osmkrát² novelizován, avšak na základě porovnání jednotlivých znění tohoto zákona, správní orgán konstatuje, že zůstala zachována jak obsahová totožnost konkrétních zákonem stanovených povinností v oblasti uchovávání záznamů komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky týkající se investičních služeb a pokud jde o nastavení řídicího a kontrolního systému v této oblasti, které jsou relevantní pro právní hodnocení jednání účastníka řízení, tak též jejich trestnost z hlediska podřazení porušení právní povinnosti pod kategorii přestupku a rovněž otázka typové závažnosti (vyjádřená horní hranicí pokuty) nedoznala změny ve prospěch účastníka řízení³. Pozdější znění zákona o podnikání na kapitálovém

² Zákonem č. 307/2018 Sb. s účinností od 4.1.2019 v souvislosti se změnou zákona o dluhopisech, zákonem č. 111/2019 Sb. s účinností od 24.4.2019 v souvislosti s přijetím zákona o zpracování osobních údajů, zákonem č. 204/2019 Sb. s účinností od 1.10.2019 v souvislosti s podporou výkonu práv akcionářů, zákonem č. 119/2020 Sb. s účinností od 1.5.2020 v souvislosti s adaptací nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1129 ze dne 14. června 2017 o prospektu, který má být uveřejněn při veřejné nabídce nebo přijetí cenných papírů k obchodování na regulovaném trhu, a o zrušení směrnice 2003/71/ES, zákonem č. 298/2021 Sb. s účinností od 14.8.2021 v souvislosti s implementací pravidel zavedených směrnicí Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/879 ze dne 20. května 2019, kterou se mění směrnice 2014/59/EU, pokud jde o schopnost úvěrových institucí a investičních podniků absorbovat ztráty a schopnost rekapitalizace, a směrnice 98/26/ES (směrnice BRRD II), zákonem č. 353/2021 Sb. s účinností z části od 1.10.2021 a z části od 1.1.2022 v souvislosti s implementací směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/878 ze dne 20. května 2019, kterou se mění směrnice 2013/36/EU, pokud jde o osvobozené subjekty, finanční holdingové společnosti, smíšené finanční holdingové společnosti, odměňování, opatření a pravomoci v oblasti dohledu a opatření na zachování kapitálu (CRD V) a nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/876 ze dne 20. května 2019, kterým se mění nařízení (EU) č. 575/2013, pokud jde o pákový poměr, ukazatel čistého stabilního financování, požadavky na kapitál a způsobilé závazky, úvěrové riziko protistrany, tržní riziko, expozice vůči ústředním protistranám, expozice vůči subjektům kolektivního investování, velké expozice, požadavky na podávání zpráv a zpřístupňování informací, a nařízení (EU) č. 648/2012 (CRR II), zákonem č. 91/2022 Sb. s účinností od 11.5.2022 v souvislosti s právní úpravou panevropského osobního penzijního produktu a zákonem č. 96/2022 Sb. s účinností od 29.5.2022 v souvislosti s implementací předpisů Evropské unie týkajících se unie kapitálových trhů.

³ Poslední novelizací ZPKT (zákonem č. 96/2022 Sb.) došlo v ustanovení § 17 odst. 8 k doplnění odkazu na podrobnější úpravu uchovávání záznamů a dokumentů v Nařízení 2017/565 a v ustanovení § 12 a násl. k úpravě požadavků na řídicí a kontrolní systém obchodníka s cennými papíry tak, aby se lépe odlišily požadavky MiFID II a směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/2034 ze dne 27. listopadu 2019 o obezřetnostním dohledu nad investičními podniky a o změně směrnic 2002/87/ES, 2009/65/ES, 2011/61/EU, 2013/36/EU, 2014/59/EU a 2014/65/EU (dále jen „IFD“), protože požadavky IFD se uplatní jen na velké nebo propojené obchodníky s cennými papíry. Tyto úpravy však neměly vliv na obsah povinností obchodníka s cennými papíry uchovávat dokumenty a záznamy a mít řádné administrativní a účetní postupy, jejichž porušení je účastníkovi řízení vytýkáno. Rovněž výše horní hranice pokut za porušení těchto povinností zůstala i po této novelizaci zachována.

trhu tak nejsou pro účastníka řízení příznivější, a správní orgán proto na přestupky ad (i), ad (ii) a ad (iii) aplikuje ZPKT ve znění účinném v době spáchání přestupku, resp. v době odstranění protiprávního stavu.

6. ZISIF byl v období od 30.6.2018 do dne vydání tohoto rozhodnutí třikrát⁴ novelizován a nařízení AIFMR bylo v tomto období dvakrát⁵ novelizováno, avšak i zde na základě porovnání jednotlivých znění těchto právních předpisů správní orgán konstatuje, že zůstala zachována jak obsahová totožnost konkrétních těmito právními předpisy stanovených povinností ve vztahu k výkonu činnosti depozitáře, které jsou relevantní pro právní hodnocení jednání účastníka řízení, tak též jejich trestnost z hlediska podřazení porušení právní povinnosti pod kategorii přestupku a rovněž otázka typové závažnosti (vyjádřená horní hranicí pokuty) nedoznala změny ve prospěch účastníka řízení. Správní orgán tak na přestupky ad (iv), ad (v)(a), ad (v)(b), ad (vi)(a) a ad (vi)(b) aplikuje ZISIF ve znění účinném v době spáchání přestupku, resp. v době odstranění protiprávního stavu.
7. Správní orgán se dále zabýval také skutečností, zda nedošlo k zániku odpovědnosti, respektive promlčení přestupků. Podle § 30 a 31 přestupkového zákona ve spojení se speciálním ustanovením § 46e odst. 3 zákona o ČNB (promlčecí doba činí 5 let ode dne následujícího po dni spáchání přestupku, resp. po dni, kdy došlo k poslednímu dílčímu útoku nebo po dni, kdy došlo k odstranění protiprávního stavu), by k zániku odpovědnosti došlo u přestupku ad (i) dne 21.11.2023, u přestupku ad (ii) dne 15.7.2025, u přestupku ad (iii) nejdříve dne 22.11.2023, u přestupku ad (iv) dne 15.2.2024, u přestupku ad (v)(a) dne 1.2.2024 a ad (v)(b) dne 31.10.2023 a u přestupku ad (vi)(a) dne 1.2.2024 a ad (vi)(b) nejdříve dne 1.3.2024. V posuzovaném případě tedy k zániku odpovědnosti nedošlo ani u jednoho z projednávaných přestupků.

C. Kontrola

8. Dne 17.12.2018 doručením oznámení o zahájení kontroly č.j. 2018/147058/CNB/580 ze dne 14.12.2018⁶ byla u účastníka řízení zahájena kontrola na místě (dále jen „**Kontrola**“).
9. Předmětem Kontroly bylo též prověření, zda účastník řízení dodržuje právní předpisy v oblasti poskytování investičních služeb a pravidla jednání obchodníka s cennými papíry se zákazníky a potenciálními zákazníky v oblasti komunikace se zákazníky včetně uchovávání souvisejících dokumentů a záznamů a dále činnost depozitáře v oblasti pravidel jednání a zásad odborné péče při výkonu činnosti depozitáře fondu a souvisejících postupů pro řízení střetů zájmů, povinností depozitáře fondu ve vztahu k vedení a

⁴ Zákonem č. 119/2020 Sb. s účinností od 1.5.2020 v souvislosti s adaptací nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1129 ze dne 14. června 2017 o prospektu, který má být uveřejněn při veřejné nabídce nebo přijetí cenných papírů k obchodování na regulovaném trhu, a o zrušení směrnice 2003/71/ES, zákonem č. 33/2020 Sb. s účinností od 1.1.2021 v souvislosti se změnou zákona o obchodních korporacích (změny v monistickém systému řízení akciové společnosti) a zákonem č. 96/2022 Sb. s účinností od 29.5.2022 v souvislosti s implementací předpisů Evropské unie týkajících se unie kapitálových trhů.

⁵ Nařízením Komise v přenesené pravomoci (EU) 2018/1618 ze dne 12.7.2018, kterým se mění nařízení v přenesené pravomoci (EU) č. 231/2013, pokud jde o povinnosti depozitářů týkající se úschovy, platným od 30.10.2018 a použitelným od 1.4.2020. Úprava se týkala čl. 89, 98 a 99 nařízení AIFMR. Dále nařízením Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 2021/1255 ze dne 21.4.2021, kterým se mění nařízení v přenesené pravomoci (EU) č. 231/2013, pokud jde o rizika týkající se udržitelnosti a faktory udržitelnosti, které berou do úvahy správci alternativních investičních fondů, platným od 22.8.2021 a použitelným od 1.8.2022. Úprava se týkala čl. 1, 18, 22, 30, 40, 57 a 60 nařízení AIFMR.

⁶ Viz soubor *2018_147058_CNB_580_ČS_oznámení o kontrole.pdf* a *doručenka oznámení o zahájení kontroly_632130778.zfo* ve složce na DVD 1, spis č.1. 7.

evidování peněžních prostředků fondů, k provádění příkazů nebo pokynů obhospodařovatele fondu a kontrolních povinností depozitáře fondu.

10. O provedené Kontrole byl dne 28.6.2019 pořízen protokol o kontrole č.j. 2019/073932/CNB/580⁷ (dále jen „**Protokol o kontrole**“), s jehož úplným zněním byl účastník řízení seznámen, když mu bylo jedno vyhotovení doručeno dne 1.7.2019⁸.
11. Dne 22.7.2019 účastník řízení pod evid. č. 2019/081397/CNB/580 požádal o prodloužení lhůty pro podání námitek do 12.8.2019. Dne 26.7.2019 správní orgán pod č.j. 2019/083103/CNB/580 účastníkovi řízení sdělil, že lhůtu k podání námitek proti Protokolu o kontrole v souladu s žádostí účastníka řízení prodlužuje do 12.8.2019.
12. Účastník řízení podal dne 9.8.2019 pod evid. č. 2019/087605/CNB/580 námitky⁹. Dne 3.9.2019 správní orgán pod č.j. 2019/094026/CNB/580¹⁰ účastníkovi řízení oznámil, že se lhůta pro vyřízení námitek účastníka řízení s ohledem na zvláštní složitost případu prodlužuje o 30 dní. Vyřízení námitek ze dne 7.10.2019, č.j. 2019/106115/CNB/580, bylo účastníkovi řízení doručeno dne 9.10.2019¹¹. Námitky byly nadřizovanou osobou kontrolujících až na výjimky¹² zamítnuty.
13. Přípisem ze dne 17.10.2019, č.j. 2019/109189/CNB/580¹³, správní orgán vyzval účastníka řízení k předložení plánu nápravných opatření.
14. Dne 19.11.2019 účastník řízení předložil návrh plánu nápravných opatření k odstranění zjištěných nedostatků¹⁴, který v návaznosti na výzvu správního orgánu ze dne 18.12.2019, 2019/128940/CNB/580¹⁵, upravil a znovu předložil správnímu orgánu dne 7.1.2020¹⁶ (dále též jen „**Plán nápravných opatření**“). Dne 6.2.2020 správní orgán pod č.j. 2020/019683/CNB/580 účastníkovi řízení zaslal výsledek posouzení plánu nápravných opatření a výzvu k pravidelnému předkládání přehledů plnění plánu nápravných opatření¹⁷. O splnění všech nápravných opatření účastník řízení správní orgán informoval dne 12.2.2021¹⁸.

⁷ Viz soubor 2019_073932_CNB_580_CS - protokol o kontrole.pdf ve složce 4_Protokol na DVD 2, spis č.l. 8.

⁸ Viz soubor dorucenka protokol o kontrole_688435810.zfo ve složce 4_Protokol na DVD 2, spis č.l. 8.

⁹ Viz soubor Priloha_-_Námitky_k_protokolu_CNB.docx a dorucenka námitky_message699972905.zfo ve složce 5_Námitky a podsložce 20190809_087605_Námitky na DVD 2, spis č.l. 8.

¹⁰ Viz soubor 2019_094026_CNB_580_ČS_Oznámení o prodloužení lhůty pro vyřízení námitek.pdf ve složce 5_Námitky a podsložce 20190902_094026_Prodloužení lhůty pro RON na DVD 2, spis č.l. 8.

¹¹ Viz soubor 2019_106115_580_ČS_vyřízení námitek.pdf a dorucenka vyřízení námitek_715827232.zfo ve složce 5_Námitky a podsložce RON na DVD 2, spis č.l. 8.

¹² Námitkám proti kontrolním zjištěním uvedeným pod body 2.1.1., 2.1.3., 2.4.4.2., 3.3, 3.6.1., 3.13. a 3.14. Protokolu o kontrole bylo částečně vyhověno.

¹³ Viz soubor 2019_109189_CNB_580_ČS - Výzva k předložení plánu NO.pdf a dorucenka_719562891.zfo ve složce 6_Návrh_opatření a podsložce 2019_10_Výzva k předložení plánu NO na DVD 2, spis č.l. 8.

¹⁴ Viz soubor 20191118_Navrh_opatreni_k_protokolu_CNB_S-Sp-2018_00046_CNB_589.xlsx a 2019_120863_CNB_580_message727519836.zfo ve složce 6_Návrh_opatření a podsložce 20191119_120863_Plán NO na DVD 2, spis č.l. 8.

¹⁵ Viz soubor 2019_128940_CNB_580_CS - Výzva k úpravě plánu nápravných opatření.pdf a dorucenka_736205666.zfo ve složce 6_Návrh_opatření a podsložce 20191210_128940_Reakce ČNB na plán NO na DVD 2, spis č.l. 8.

¹⁶ Viz soubor Priloha_Doplнены план_направных_опатрени_дле_позадавку_CNB_Oпатрени_k_protokolu_CNB_-_07_2019.xlsx a 2020_003008_CNB_580_úprava plánu nápravných opatření.zfo ve složce 6_Návrh_opatření a podsložce Úprava plánu NO na DVD 2, spis č.l. 8.

¹⁷ Viz soubor 2020_019683_CNB_580_CS_-_vysledek_posouzeni_planu_NO.pdf a dorucenka_749855072.zfo ve složce 6_Návrh_opatření a podsložce Výsledek posouzení plánu NO na DVD 2, spis č.l. 8.

¹⁸ Viz příloha spisu č.l. 82 až 104.

D. Průběh přestupkového řízení

15. Dne 19.2.2021 bylo s účastníkem řízení ohledně těch kontrolních zjištění uvedených v protokolu o kontrole, která zakládají podezření na závažná porušení ZPKT a ZISIF, zahájeno přestupkové řízení vydáním příkazu, č.j. 2021/18831/570 (dále jen „Příkaz“), který byl účastníkovi řízení doručen dne 22.2.2021 (spis č.l. 10-38).
16. Dne 1.3.2021, tedy v zákonné lhůtě, byl správnímu orgánu doručen odpor účastníka řízení proti Příkazu (spis č.l. 39-40). Včasným podáním odporu byl Příkaz zrušen a správní orgán pokračoval ve vedení řízení.
17. Dne 3.3.2021 správní orgán pod č.j. 2021/23591/570 účastníka řízení vyzval, aby se ve lhůtě 10 pracovních dnů vyjádřil k podkladům rozhodnutí (spis č.l. 41-42).
18. Dne 5.3.2021 bylo správnímu orgánu doručeno oznámení advokátní kanceláře [REDAKCE], se sídlem [REDAKCE], IČO: [REDAKCE], o převzetí právního zastoupení účastníka řízení, obsahující žádost o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí na 20 pracovních dnů. Přílohou oznámení o převzetí právního zastoupení účastníka řízení byla plná moc k zastupování účastníka řízení ve správním řízení sp.zn. Sp/2019/596/573 (spis č.l. 44-47).
19. Dne 8.3.2021 správní orgán účastníkovi řízení k žádosti o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí pod č.j. 2021/25293/570 sdělil, že s ohledem na pandemickou situaci a důvody uvedené v žádosti na vyjádření účastníka řízení ve lhůtě 20 pracovních dnů ode dne doručení tohoto přípisu vyčká (spis č.l. 48).
20. Dne 11.3.2021 si právní zástupce převzal kopie podkladů pro vydání rozhodnutí ve věci ze správního spisu sp.zn. Sp/2019/596/573 na CD a DVD nosičích a v listinné podobě (spis č.l. 51).
21. Dne 8.4.2021 správní orgán obdržel pod č.j. 2021/37437/570 vyjádření účastníka řízení k podkladům rozhodnutí (dále též jen „Vyjádření“; spis č.l. 52-57), ve kterém účastník řízení, vyjádřil nesouhlas s právní kvalifikací správního orgánu týkající se interpretace a závažnosti skutkových zjištění ve vztahu k údajnému porušení povinností v oblasti poskytování investičních služeb a činnosti depozitáře fondu, a dále uvedl, že nenavrhuje k doplnění žádné další podklady nebo důkazy.
22. Předmětem tohoto rozhodnutí jsou Kontrolou zjištěné nedostatky v oblasti komunikace a uchovávání záznamů komunikace se zákazníky, týkající se investičních služeb, a potenciálními zákazníky, konkrétně v oblasti i) komunikace se zákazníky přes telefonní linky, ii) nastavení systému pořizování a uchovávání záznamů telefonických hovorů, iii) nastavení řídicího a kontrolního systému v oblasti uchovávání záznamů z osobních jednání se zákazníky, a v oblasti výkonu činnosti depozitáře, konkrétně v oblasti iv) plnění kontrolních povinností depozitáře investičního fondu, v) kontroly oceňování majetku investičního fondu a iv) kontroly přípustné skladby majetku investičního fondu.

E. Výrok I. rozhodnutí

ad (i) Neuchování komunikace se zákazníky vedené přes nenahrávané telefonní linky

Právní úprava

23. Podle § 17 odst. 1 ZPKT¹⁹ má účastník řízení jako obchodník s cennými papíry²⁰ povinnost uchovávat záznamy týkající se investičních služeb a obchodů dostatečné k tomu, aby na jejich základě mohla Česká národní banka sledovat dodržování požadavků podle tohoto zákona, přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího zneužívání trhu a přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího trhu finančních nástrojů, zejména zda obchodník s cennými papíry dodržuje své povinnosti vůči zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům a zda nenarušuje řádné fungování trhu.
24. Podle § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 záznamy podle odstavce 1 zahrnují záznamy telefonických hovorů týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka. Tyto záznamy se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo.
25. Ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 je transpozicí prvního a druhého pododstavce čl. 16 odst. 7 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/65/EU ze dne 15. května 2014, o trzích finančních nástrojů a o změně směrnic 2002/92/ES a 2011/61/EU (dále jen „**MiFID II**“)²¹, které specifikují, co vše je součástí záznamů komunikace se zákazníkem týkající se poskytnuté investiční služby, a je třeba je vykládat ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT.
26. Podle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022²² se obchodník s cennými papíry dopustí přestupku tím, že neuchová záznamy podle § 17.

Skutková zjištění

27. Správní orgán zjistil, že účastník řízení v období od 3.1.2018 do 20.11.2018 nedisponoval účinným systémem uchování záznamů komunikace se zákazníky, týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, a

¹⁹ Ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT se od 3.1.2018 do dne vydání tohoto rozhodnutí nezměnilo.

²⁰ Podle § 5 odst. 3 ZPKT se obchodníkem s cennými papíry v tomto zákoně, s výjimkou ustanovení uvedených v odstavci 2, rozumí i banka, která má v licenci jí udělené Českou národní bankou povoleno poskytování hlavních investičních služeb.

²¹ Podle čl. 16 odst. 7 pododst. 1 a 2 MiFID II: „Záznamy obsahují nahrávání telefonních hovorů či elektronické komunikace týkající se alespoň obchodů uzavřených při obchodování na vlastní účet a poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků. Mezi tyto telefonní hovory a elektronickou komunikaci patří i ty, jejichž účelem je uskutečnit obchody uzavírané při obchodování na vlastní účet nebo poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků, a to i v případě, že tyto hovory nebo komunikace k uzavření takových obchodů nebo poskytnutí služeb na pokyn zákazníků nevedou.“

²² Zákonem č. 96/2022 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti finančního trhu zejména v souvislosti s implementací předpisů Evropské unie týkajících se unie kapitálových trhů, došlo k úpravě nebo odstranění některých přestupků obchodníka s cennými papíry, a tím i ke změně označení těchto přestupků, kdy předmětný přestupek v současnosti upravuje ustanovení § 164 odst. 1 písm. u) ZPKT.

potenciálními zákazníky v případě telefonních hovorů, neboť docházelo k takové komunikaci přes nenahrávané telefonní linky.

28. Účastník řízení v rámci kontroly na dotaz správního orgánu, od kdy byla stanovena povinnost komunikovat se zákazníky ohledně investičních služeb přes nahrávané linky (pevné a mobilní), ve vyjádření ze dne 5.6.2019 uvedl, že povinnost komunikovat se zákazníky ohledně investičních služeb přes nahrávané linky (pevné a mobilní) byla v retailových segmentech zavedena s účinností od 1.1.2018, a to vnitřními předpisy č. *RR_3103_00_01R - Investiční služby - Mass Market*, č. *RR_3103_00_02R - Investiční služby - Osobní bankovníctví*, č. *RR_3103_00_03R - Investiční služby - Investiční specialisté*, č. *RR_3103_00_04R - Investiční služby - Erste Premier a Erste Private Banking* a č. *RR_3103_00_05R - Investiční služby - MSE*²³, které shodně stanoví, že hovory, které vedou nebo mohou vést k obchodům s investičními nástroji, musí být vedeny pouze z nahrávaných telefonních linek²⁴.
29. Účastník řízení v rámci kontroly dále na dotaz správního orgánu, od kdy reálně technicky zavedl nahrávání pevných linek pracovníků, kteří mohou poskytovat investiční služby (KCP, Dealing, Retail, Správa aktiv), ve vyjádření ze dne 5.6.2019 uvedl, že vybrané pevné linky pro obsluhu KCP, Dealing, Retail (MM, MA, TA, EPB, IS) a 3730 - Správa aktiv pro institucionální klienty byly nahrávány již před rokem 2018²⁵.
30. Pokud jde o nahrávání mobilních linek pracovníků pověřených poskytovat investiční služby, účastník řízení v rámci kontroly ve vyjádření ze dne 24.5.2019 na dotaz správního orgánu, od kterého dne mají jednotlivé segmenty nahrávány pevné/mobilní telefony (ať už formou kontinuálního nahrávání všech hovorů nebo prostřednictvím aplikace BeeMobile), uvedl, že v segmentech Investiční specialisté, Erste Premier a Erste Private banking bylo nahrávání mobilních linek zajištěno až od 18.6.2018, a to formou kontinuálního nahrávání všech hovorů, a v segmentech Mass market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) až od 21.11.2018, a to prostřednictvím aplikace BeeMobile²⁶.
31. Správní orgán má tedy za prokázané, že v případě kontinuálního nahrávání před 18.6.2018 a v případě nahrávání prostřednictvím aplikace BeeMobile před 21.11.2018 hovory uskutečněné přes mobilní telefonní linky systematicky nahrávány a uchovávané nebyly.
32. Z výše uvedeného vyplývá, že účastník řízení stanovil ve vnitřních předpisech s účinností od 1.1.2018 vybraným pracovníkům retailových segmentů povinnost komunikovat se zákazníky ohledně investičních služeb pouze přes nahrávané telefonní linky (pevné a

²³ Viz soubory *RR_3103_00_01R_0001.pdf*, *RR_3103_00_02R_0001.pdf*, *RR_3103_00_03R_0001.pdf*, *RR_3103_00_04R_0001.pdf* a *RR_3103_00_05R_0001.pdf* vnořené do souboru *ČNB_28.5.2019.docx* zasláného emailem dne 5.6.2019, složka 2_Přijaté_materiály a podsložka 2019_065909_z 5.6.2019_email_IS_podklady vyžádané 28.5.2019 a _Originál emailu na DVD 1, spis č.l. 7.

²⁴ Např. bod 5.4.2 vnitřního předpisu č. *RR_3103_00_01R - Investiční služby - Mass Market*: „*Telefonní hovory, v rámci kterých je poskytována investiční služba, a které vedou, nebo mohou vést k obchodům s investičními nástroji, musí být vedeny pouze z nahrávaných telefonních linek.*“

²⁵ Konkrétně v případě útvaru KCP od 1.8.2001, v případě útvaru Dealing před rokem 2008, v případě útvaru Retail (MM, MA, TA, EPB, IS) v souvislosti s poskytováním investičních služeb bylo zahájeno nahrávání vybraných pevných linek v listopadu 2017 a v případě útvaru 3730 – Správa aktiv pro institucionální klienty v polovině roku 2015. Viz soubor *ČNB_28.5.2019.docx* zasláný emailem dne 5.6.2019, bod č. 3, složka 2_Přijaté_materiály a podsložka 2019_065909_z 5.6.2019_email_IS_podklady vyžádané 28.5.2019 a _Originál emailu na DVD 1, spis č.l. 7.

²⁶ Viz soubor *Investiční služby ČNB_16_05_2019 body 1 až 16.docx* bod 6 zasláný emailem dne 24.5.2019, složka 2_Přijaté_materiály a podsložka 2019_057089_z 24.5.2019_email_IS_podklady vyžádané 16.5.2019 na DVD 1, spis č.l. 7.

mobilní), těmto pracovníkům však přidělil také pracovní nenahrávané mobilní linky, ze kterých tito pracovníci mohli vést hovory se zákazníky též ohledně investičních služeb.

33. V rámci kontroly záznamů ze schůzek se zákazníky ohledně investičních služeb správní orgán z CRM systému zjistil, že v následujících 5 případech skutečně došlo k telefonické komunikaci mezi pracovníkem účastníka řízení a zákazníkem ohledně investičních služeb, avšak příslušné záznamy telefonických hovorů účastníků řízení nedoložil²⁷:

Pracovník	Zákazník	Datum záznamu v CRM o uskutečněném hovoru	Typ komunikace	Typ schůzky	Téma schůzky	Poznámka
██████	██████	5.1.2018, 11h	Schůzka	Z telefonátu	Zhodnocení prostředků	Sám volal nějaký odprodej
██████	██████	28.3.2018, 11h	Schůzka	Z telefonátu	Zhodnocení prostředků	Sám volal nějaký odprodej
██████	██████	10.9.2018, 11:30h	Schůzka	Z telefonátu	Zhodnocení prostředků	Převod CP pod ČS
██████	██████	22.5.2018, 14h	Schůzka	Z telefonátu	Zhodnocení prostředků	revize investic udělat substitut, chodil k Danče, zkusit navýšit výnos má 6997 substitutem o 10.000??? kontrola za měsíc
██████	██████	29.10.2018, 15h	Schůzka	Z telefonátu	Zhodnocení prostředků	kontrola tp investice substitut

34. Účastník řízení pak k uvedeným záznamům ve vyjádření ze dne 11.6.2019 uvedl²⁸, že: *„Vzhledem k velkému časovému odstupu od uskutečnění jednání mezi klientem a zaměstnancem banky, kdy jednáním pravděpodobně předcházela telefonická komunikace mezi klientem a zaměstnancem, není možné jednoznačně určit důvod, proč telefonní hovor není zaznamenán v systémech banky. Jak již jsme uvedli v odpovědi dne 6.6.2019 neexistence záznamů souvisí s jedním z těchto důvodů: 1) schůzka nebyla sjednána prostřednictvím telefonické komunikace a záznam není v aplikaci CRM uveden bankéřem korektně, tzn. Telefonní hovor se neuskutečnil, 2) hovor byl veden mezi bankéřem a klientem z nenahrávané linky, 3) hovor se netýkal poskytování investičních služeb.“* Účastník řízení ani po opakované výzvě nedoložil, který z jím uváděných důvodů nezaznamenání telefonické komunikace byl relevantní ke kterému případu.
35. Správní orgán má za to, že výše uvedené záznamy z CRM systému dokládají, že se jednalo o komunikaci ohledně investičních služeb a konkrétních investičních nástrojů, která proběhla prostřednictvím telefonického hovoru. Vzhledem k tomu, že záznam telefonického hovoru nebyl účastníkem řízení předložen, má správní orgán za to, že

²⁷ Viz soubor *prtscr.docx* zaslaný emailem dne 11.3.2019, složka 2_Přijaté_materiály, podsložka 2019_028727_z 11.3.2019_email_IS_NÁHLEDY_zápisy ze schůzek a Retail na DVD 1, spis č.l. 7.

²⁸ Viz soubor *Česká spořitelna, a.s.s. Mail – Re Žádost o doplnění informací k bodu 3 (z části investiční služby), zaslaném dne 6.6.2019.pdf* ve složce 2_Přijaté_materiály a podsložce 2019_067430_z 11.6.2019_email_DEP & IS_podklady_vyžádané 28.5. a 31.5.2019, _Originály_emailů a Re: Žádost o předložení podkladů v rámci kontroly na místě.msg na DVD 1, spis č.l. 7.

v uvedených případech došlo ke komunikaci mezi pracovníkem účastníka řízení a zákazníkem přes nenahrávanou telefonní linku.

36. Účastník řízení tak v případě komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky vedené přes mobilní linky (před výše uvedenými daty zavedení jejich nahrávání), které používal pro účely poskytování investičních služeb, nezavedl v rámci oblasti poskytování investičních služeb účinný systém uchovávání záznamů telefonické komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky.
37. Za komunikaci týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, nelze považovat pouze a výhradně přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, ale také veškerou komunikaci předcházející tomuto přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, tedy komunikaci, která vede nebo mohla vést²⁹ k uzavření dohody o poskytnutí těchto investičních služeb, a to včetně indikace zájmu zákazníka, nabídky, vyjednávání ohledně investičních nástrojů a jejich cen či žádostí o sdělení ceny investičního nástroje³⁰ a také další komunikaci související s poskytováním těchto investičních služeb, na jejímž základě může zákazník učinit investiční rozhodnutí.
38. Z výše uvedeného vyplývá, že vedle přijímání a předávání pokynů týkajících se investičních nástrojů a provádění pokynů týkajících se investičních nástrojů na účet zákazníka ve smyslu § 4 odst. 2 písm. a) a b) ZPKT je další investiční službou, která podléhá povinnosti nahrávání, také investiční poradenství týkající se investičních nástrojů ve smyslu § 4 odst. 2 písm. e) téhož zákona, neboť jejím obvyklým účelem je informovat zákazníka o pro něj vhodných pokynech s investičními nástroji.³¹ V této souvislosti správní orgán odkazuje též na definici investičního poradenství uvedenou ve vnitřním předpise účastníka řízení Prodej investičních produktů (RR_3100_10_03R_0010.xml): *„Investičním poradenstvím se rozumí poskytování individualizovaného poradenství, které směřuje přímo či nepřímo k nákupu, prodeji, úpisu, umístění, vyplacení, držbě nebo jinému nakládání s konkrétním investičním nástrojem nebo nástroji nebo k uplatnění práva*

²⁹ Viz též čl. 16 odst. 7 pododstavec 4 MiFID II: *„Investiční podnik oznámí novým a stávajícím zákazníkům, že telefonní komunikace nebo hovory mezi ním a jeho zákazníky, které vedou nebo mohou vést k obchodům, budou zaznamenány.“*

³⁰ Viz odpověď na otázku č. 11 v části 3 dokumentu ESMA „Otázky a odpovědi týkající se ochrany investorů a zprostředkovatelů v MiFID II a MiFIR“ (poslední aktualizace této odpovědi k 10.10.2016): *„Zahrnutý jsou také jakékoli jiné telefonické hovory nebo elektronická komunikace, kterou investiční podnik uskutečňuje s cílem uzavřít dohody o poskytování některé z uvedených činností, ať již jako zmocnitel nebo zmocněnec, i když tyto telefonické hovory nebo elektronická komunikace k uzavření takové dohody nevedou. To by mělo zahrnovat telefonické hovory nebo elektronickou komunikaci týkající se indikace zájmu zákazníka, nabídky, vyjednávání ohledně investičních nástrojů a jejich cen či žádostí o sdělení ceny investičního nástroje.“* Poslední aktualizace tohoto dokumentu ESMA je k 21.12.2020. Viz <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-updates-its-gas-mifid-ii-and-mifir-investor-protection-and-intermediaries>.

³¹ Viz odpověď na otázku č. 13 v části 3 dokumentu ESMA „Otázky a odpovědi týkající se ochrany investorů a zprostředkovatelů v MiFID II a MiFIR“ (poslední aktualizace této odpovědi k 3.10.2017): *„Požadavky stanovené v čl. 16 odst. 7 směrnice MiFID II a související čl. 76 nařízení v přenesené pravomoci MiFID II se vztahují "alespoň" na poskytování služeb (1), (2) a (3) uvedených v příloze I, oddílu A směrnice MiFID II. Článek 16 odst. 7 vyžaduje pouze zaznamenávání komunikace ve vztahu k výše uvedeným službám na pokyn zákazníka. Ustanovení čl. 16 odst. 7 druhého pododstavce však rovněž vyžaduje, aby se tyto telefonické hovory a elektronická komunikace, které mají „za cíl vést“ k poskytování těchto služeb, zaznamenaly. V praxi mohou být další investiční služby, jako je investiční poradenství (odstavec 5 přílohy I, oddílu A), poskytnuty v okamžiku, kdy existuje záměr poskytovat služby na pokyn zákazníka. V tomto případě by bylo nutné zaznamenat obsah poradenské služby, neboť by de facto spadal do působnosti čl. 16 odst. 7 směrnice MiFID II.“*

*na takové nakládání, a to bez ohledu na to, zda je poskytováno z podnětu zákazníka nebo potenciálního zákazníka či obchodníka s CP.*³²

39. Z tohoto důvodu v případě, kdy je se zákazníky nebo potenciálními zákazníky vedena přes nenahrávané mobilní či pevné telefonní linky komunikace týkající se investiční služby, která souvisí s přijímáním, předáváním nebo provedením pokynu zákazníka, nedochází ke splnění povinnosti tyto záznamy uchovávat.

Vyjádření účastníka řízení a hodnocení správního orgánu

40. Účastník řízení obecně namítá, že správní orgán skutek nesprávně právně kvalifikoval, neboť nepřipustně extenzivně vykládá rozsah povinně nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky. Výklad správního orgánu je podle účastníka řízení v rozporu s (a) gramatickým, (b) teleologickým, (c) eurokonformním a (d) systematickým výkladem ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 a v rozporu (e) s Nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů) [dále jen „**nařízení GDPR**“] a (f) zásadou *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Účastník řízení má za to, že neporušil povinnost podle ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 téhož zákona ve shodném znění, a to ani ve vztahu ke správním orgánem uváděným konkrétním případům porušení. Současně též uvádí, že provedl nápravu podle Plánu nápravných opatření schváleného správním orgánem.
41. Správní orgán považuje tyto námitky účastníka řízení za nedůvodné, neboť má za to, že právní kvalifikace jednání účastníka řízení je správná a výklad správního orgánu týkající se rozsahu povinně nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky je v mezích zákona a není extenzivní a respektuje vůli zákonodárce provést pouze minimalistickou transpozici MiFID II. Správní orgán je přesvědčen o tom, že účastník řízení výše uvedenou povinnost porušil. Správní orgán vzal na vědomí, že účastník řízení přijal opatření k nápravě, kterým by uvedené pochybení měl do budoucna eliminovat, což bude ovšem možné ověřit až následným výkonem dohledu v této oblasti. Přijetí opatření k nápravě však nevede k zániku deliktní odpovědnosti účastníka řízení, ale bylo k němu přihlédnuto jako k polehčující okolnosti při stanovení výše sankce.
42. Konkrétní námitky účastníka řízení v členění podle Vyjádření jsou dále uvedeny kurzívou. Po nich následují standardním písmem repliky správního orgánu.

a) Námitka, že výklad správního orgánu je v rozporu s gramatickým výkladem ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020

43. *Účastník řízení uvádí, že ustálená judikatura ve vztahu k interpretaci zákonného ustanovení stanoví, že prvotně je nutno vycházet z doslovného znění předmětného ustanovení, tj. aplikovat **gramatický výklad**. Pouze za podmínky jeho nejasnosti a nesrozumitelnosti (umožňující např. více interpretací), lze upřednostnit teleologický výklad před výkladem jazykovým. Podle účastníka řízení je gramatický (jazykový) výklad nesporný, když stanoví povinnost nahrávat pouze komunikaci týkající se pokynů, nikoliv investičního poradenství.*
44. *Ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 i ve znění účinném od 1.5.2020 má svoji předlohu v čl. 16 odst. 7 MiFID II, který jasně stanoví, co vše by*

³² Viz soubor RR_3100_10_03R_0010.xml v souboru ČNB_28.5.2019.docx ve složce 2_Přijaté_materiály a podsložce 2019_065909_z_5.6.2019_email_IS_podklady vyžádané 28.5.2019 na DVD 1, spis č.l. 7.

mělo být součástí záznamů komunikace se zákazníkem a potenciálním zákazníkem týkající se poskytnuté investiční služby a jakým způsobem mohou zákazníci a potenciální zákazníci sdělovat své pokyny.

45. *Ve vztahu k rozsahu nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky MiFID II obdobně jako ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 stanoví, že „záznamy obsahují nahrávání telefonních hovorů či elektronické komunikace týkající se alespoň obchodů uzavřených při obchodování na vlastní účet a poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků“.*
46. *Obecně je odchýlení od směrnice možné pouze v případech, kdy to dikce směrnice dovoluje. Vzhledem k tomu, že čl. 16 odst. 7 MiFID II neobsahuje taxativní výčet, členské státy EU mohou přijmout přísnější právní úpravu, než jaká je v něm obsažena, tj. stanovit širší rozsah povinně nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky, to však český zákonodárce v ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 neučinil.*
47. *ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 explicitně stanovil pouze povinnost nahrávat telefonickou komunikaci týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, nikoliv veškerých investičních služeb (včetně investičního poradenství) jako je tomu dle ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020. Rozsah povinně nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky dle ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 byl tak výrazně užší než dle ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020. Srovnání mezi novou a starou právní úpravou účastník řízení uvádí v tabulce:*

Právní úprava	Znění ustanovení § 17 odst. 2
<i>ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020</i>	<i>Záznamy podle odstavce 1 zahrnují záznamy telefonických hovorů a elektronické komunikace týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb poskytovaných zákazníkovi.</i>
<i>ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020</i>	<i>Záznamy podle odstavce 1 zahrnují záznamy telefonických hovorů a elektronické komunikace týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka.</i>

48. *Správní orgán v Protokolu o kontrole uvedl, že účastník řízení porušil § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, jelikož jeho pracovníci v rámci zjištěných případů komunikovali se zákazníky při poskytování investičních služeb (tj. včetně investičního poradenství ve smyslu § 4 odst. 2 písm. e) ZPKT) přes nenahrávané telefonní linky.*
49. *Jak vyplývá ze srovnávací tabulky, § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 stanovil pouze povinnost uchovávat záznamy týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka a potenciálního zákazníka, a nelze z něj proto gramatickým výkladem dovodit, že by účastník řízení měl povinnost nahrávat i komunikaci týkající se jiných investičních služeb (na rozdíl od ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020).*
50. *Správní orgán má stejně jako účastník řízení za to, že **gramatický (jazykový) výklad** je základní výkladovou metodou, která má být použita k výkladu ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, a že jazykový výklad je jasný a srozumitelný a neposkytuje prostor pro více interpretací předmětného ustanovení. Ostatně ve stanovisku pléna Ústavního soudu, na které účastník řízení sám v této souvislosti odkazuje, se doslova uvádí, že: „V případě aplikace právního ustanovení nutno **prvotně vycházet z jeho doslovného znění. Pouze za podmínky jeho nejasnosti a nesrozumitelnosti** (umožňující*

např. více interpretací), jakož i rozporu doslovného znění daného ustanovení s jeho smyslem a účelem, o jejichž jednoznačnosti a výlučnosti není jakákoli pochybnost, lze upřednostnit výklad e ratione legis před výkladem jazykovým.“

51. Správní orgán se rovněž ztotožňuje s názorem účastníka řízení, že „*ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 i § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 má svoji předlohu v čl. 16 odst. 7 MiFID II, který jasně stanoví, co vše by mělo být součástí záznamů komunikace se zákazníkem a potenciálním zákazníkem týkající se poskytnuté investiční služby a jakým způsobem mohou zákazníci a potenciální zákazníci sdělovat své pokyny*“.
52. Správní orgán konstatuje, že ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 (i ve znění účinném od 1.5.2020) je transpozicí nejen pododstavce prvního čl. 16 odst. 7 MiFID II, který účastník řízení cituje v odstavci 20 Vyjádření: „*Záznamy obsahují nahrávání telefonních hovorů či elektronické komunikace týkající se alespoň obchodů uzavřených při obchodování na vlastní účet a poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků*“, ale i navazujícího pododstavce druhého čl. 16 odst. 7 MiFID II, který účastník řízení v této námitce nezmiňuje a podle kterého: „*Mezi tyto telefonní hovory a elektronickou komunikaci patří i ty, jejichž účelem je uskutečnit obchody uzavírané při obchodování na vlastní účet nebo poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků, a to i v případě, že tyto hovory nebo komunikace k uzavření takových obchodů nebo poskytnutí služeb na pokyn zákazníků nevedou*“. Účastník řízení přitom na jiném místě Vyjádření (v odstavci 44) sám uvádí, že ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, je transpozicí nejen pododstavce prvního, ale i pododstavce druhého, čl. 16 odst. 7 MiFID II. Avšak ani na tomto místě necituje celé znění pododstavce druhého čl. 16 odst. 7 MiFID II, ačkoli z rozdílové tabulky³³, na kterou účastník řízení současně odkazuje, je zřejmé, že transpozice zahrnuje celé znění tohoto pododstavce.
53. Účastník řízení dále ani ve srovnávací tabulce v odstavci 23 Vyjádření v rozporu s označením sloupce „*Znění ustanovení § 17 odst. 2*“ neuvádí úplnou citaci ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 ani ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020, když z těchto ustanovení cituje pouze větu první a zcela ignoruje větu druhou, která ve smyslu pododstavce druhého čl. 16 odst. 7 MiFID II stanoví: „*Tyto záznamy se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo*“.
54. Při výkladu ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, ať už gramatickém či jiném, je nezbytné zohlednit celé znění tohoto ustanovení. Vzhledem k tomu, že účastník řízení ve své úvaze o gramatickém výkladu nijak nezohlednil větu druhou ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, nemůže být závěr účastníka řízení o rozsahu povinně nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky úplný a správný, neboť druhá věta tohoto ustanovení, která je transpozicí pododstavce druhého čl. 16 odst. 7 MiFID II, má pro určení tohoto rozsahu zásadní význam.

³³ Rozdílová tabulka zapracování předpisů ES do návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony. Dostupná z: <https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=127459>.

55. Správní orgán konstatuje, že ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT ukládá povinnost vést záznamy o veškerých poskytnutých investičních službách. Jedná se o všeobecnou povinnost vést záznamy podle čl. 16 odst. 6 MiFID II, nikoli o povinnost nahrávat nutně všechny telefonické hovory. Nahráváním telefonických hovorů ve vazbě na investiční služby se zabývá § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, který specifikuje, ve kterých případech se záznamy telefonických hovorů povinně pořizují a uchovávají, a je tedy konkretizací § 17 odst. 1 ZPKT pro případy v odstavci 2 uvedené.
56. Požadavek na nahrávání telefonické komunikace v § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 se týká případů „obchodů uzavřených ... na vlastní účet“ a „investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka“, a to i pokud tato komunikace k uzavření takových obchodů nebo poskytnutí takových investičních služeb nakonec nevedla. Povinnost nahrávat telefonickou komunikaci se tedy vztahuje **nejen na tu část telefonické komunikace, ve které je pokyn zadán, ale na širší množinu komunikace, která s investičními službami, jež zahrnují operace s pokyny, jako je přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, souvisí.**
57. Tato povinnost se tak vztahuje na veškerou komunikaci předcházející tomuto přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, čili komunikaci, která vede nebo mohla vést k uzavření dohody o poskytnutí těchto investičních služeb, a to včetně indikace zájmu zákazníka, nabídky, vyjednávání ohledně investičních nástrojů a jejich cen či žádostí o sdělení ceny investičního nástroje a také další komunikaci související s poskytováním těchto investičních služeb, na jejímž základě může zákazník učinit investiční rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že obchodník s cennými papíry nemůže předem vědět, zda telefonická komunikace se zákazníkem nebo potenciálním zákazníkem povede k následnému pokynu či nikoliv, je nutné nahrávat veškerou telefonickou komunikaci se zákazníkem týkající se investičních služeb, přičemž telefonické hovory je třeba zaznamenávat od začátku do konce.
58. Povinnost nahrávání telefonické komunikace se tak může vztahovat i na investiční službu **investiční poradenství**, neboť při telefonické komunikaci se zákazníkem může nastat situace, kdy by investiční poradenství mohlo vyústit v („*intend to result in*“) přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, byť by k tomu nakonec nedošlo, a současně obchodník s cennými papíry nemůže předem vědět, zda telefonická komunikace se zákazníkem nebo potenciálním zákazníkem povede k následnému pokynu či nikoliv.
59. Správní orgán má tedy za to, že povinně se nahrává nejen samotný obsah pokynu, jak dovozuje účastník řízení v odstavci 34 Vyjádření a Úřad na ochranu osobních údajů v závěrečné zprávě RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 v odstavci 57 Vyjádření, ale i související komunikace, a to v rozsahu poskytované investiční služby. Hranice poskytované služby nejsou zcela přesně vymezeny, ale v ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 zahrnuje povinnost pořizovat a uchovávat záznamy zjevně i jednání, které směřuje k podání a přijetí pokynu. Nelze se tedy ztotožnit s názorem účastníka řízení, že se požadavek pořizovat nahrávky telefonické komunikace nevztahuje na investiční služby, při nichž nedochází k předání pokynu zákazníka obchodníkovi s cennými papíry, neboť i ty mohou směřovat k podání a přijetí pokynu. Typicky se bude jednat o případy investičního poradenství. Správní orgán má za to, že k tomuto závěru lze dospět i jen **gramatickým výkladem** předmětného ustanovení.
60. Účastník řízení tedy na základě ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 měl povinnost nahrávat i takovou komunikaci se zákazníkem a potenciálním

zákazníkem, která mohla vést k poskytnutí investiční služby přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, avšak k poskytnutí této investiční služby nedošlo, přičemž taková komunikace mohla být vedena i v rámci poskytování investiční služby investiční poradenství. Účastník řízení měl přitom povinnost učinit veškeré přiměřené kroky k tomu, aby zaznamenal příslušné telefonické hovory učiněné s využitím zařízení, které zaměstnanci poskytl, nebo jehož použití zaměstnancem umožnil nebo schválil³⁴. Vzhledem k tomu, že účastník řízení připustil, že komunikace se zákazníky nebo potenciálními zákazníky týkající se investiční služby, která souvisí s přijímáním, předáváním nebo provedením pokynu zákazníka, mohla být vedena přes nenahrávané mobilní telefonní linky, porušil povinnost uchovávat záznamy o této komunikaci podle ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020.

b) Námitka, že výklad správního orgánu je v rozporu s teleologickým výkladem ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020

61. *Účastník řízení namítá, že i kdyby jazykový výklad poskytoval prostor pro více interpretací ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 (a bylo by nutné aplikovat výklad teleologický - viz odst. 43 výše), není výklad správního orgánu v souladu s tímto výkladem³⁵, neboť správní orgán interpretuje předmětné ustanovení v rozporu s jeho teleologickým významem, když při zkoumání jeho smyslu a účelu nezohledňuje záměr a vůli českého zákonodárce provést pouze minimalistickou transpozici MiFID II.*
62. *Podle ustálené judikatury lze smysl a účel zákona dovodit především z autentických dokumentů vypovídajících o vůli a záměrech zákonodárce, jako je důvodová zpráva k návrhu zákona a argumentace přednesené v rozpravě při přijímání návrhu zákona³⁶, což potvrzuje mj. náleze Ústavního soudu ze dne 11.1.2008, sp. zn. IV. ÚS 814/06: „Záměr zákonodárce lze nalézt v důvodových zprávách, neboť pokud není prokázán opak, je třeba mít za to, že zákonodárce přijal se samotným předpisem i jeho záměr.“*
63. *Samotná důvodová zpráva k ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020³⁷ se podrobněji nevyjadřuje k rozsahu komunikace se zákazníkem a potenciálním zákazníkem, jež má být předmětem nahrávání.³⁸ Smysl a účel ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, tj. rozsah povinně nahrávané komunikace se zákazníkem a potenciálním*

³⁴ Viz § 17 odst. 4 písm. a) ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, který je transpozicí čl. 16 odst. 7 pododst. 3 MiFID II: „Pro tyto účely učiní investiční podnik veškeré přiměřené kroky k zaznamenání příslušných telefonních hovorů a elektronické komunikace, které se uskutečnily s pomocí zařízení, jež investiční podnik poskytl zaměstnanci nebo dodavateli nebo jehož použití zaměstnancem nebo dodavatelem investiční podnik akceptuje nebo povoluje, a které byly z takového zařízení odeslány nebo prostřednictvím takového zařízení přijaty.“

³⁵ Účastník řízení odkazuje na náleze Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 277/99 ze dne 9.10.2001, podle kterého: „Jsou-li k dispozici dva rovnocenné výklady, z nichž jeden je extenzivní a druhý restriktivní, musí soud zvolit ten z nich, jenž odpovídá dalším metodám výkladu, zejména pak úvaze teleologické. [...] Ústavně konformním výkladem je tedy výklad [...], aby jejich aplikací bylo možno dosáhnout účelu, který zákonodárce sledoval.“

³⁶ Viz stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 21.5.1996, sp. zn. Pl. ÚS-st.-1/96.

³⁷ Důvodová zpráva k zákonu č. 204/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

³⁸ Tato důvodová zpráva stanoví, že „V odstavci 1 se transponuje čl. 16 odst. 6 MiFID II stanovující povinnost uchovávat záznamy a dokumentů (records) týkajících se investičních služeb a obchodů tak, aby Česká národní banka mohla sledovat dodržování požadavků stanovených ZPKT, trestním zákonem, MAR a MiFIR. [...] V odstavcích 2 až 5 dochází k transpozici prvního až třetího a sedmého až devátého pododstavce čl. 16 odst. 7 MiFID II, které specifikují, co vše je součástí záznamů komunikace se zákazníkem týkající se poskytnuté investiční služby a jakým způsobem mohou zákazníci sdělovat své pokyny.“

zákazníkem, však lze dovést z autentických dokumentů k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020, a to z důvodové zprávy a závěrečné zprávy RIA.

64. Z důvodové zprávy k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 je zjevné, že na základě ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 se rozšiřuje rozsah nahrávané komunikace oproti ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 a povinné transpozici MiFID II. Smyslem novelizace ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 bylo mimo jiné rozšířit okruh povinně nahrávané komunikace i na investiční poradenství, což správní orgán dle názoru účastníka řízení svým nesprávným výkladem dovedl již za účinnosti ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020³⁹.
65. Autentické vodítko ke zjištění vůle a záměru zákonodárce poskytuje závěrečná zpráva RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020, která se explicitně vyjadřuje k rozsahu povinně nahrávané komunikace se zákazníkem a potenciálním zákazníkem a extenzivní interpretaci ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 správním orgánem. Účastník řízení v této souvislosti cituje některé pasáže z této zprávy⁴⁰.
66. V závěrečné zprávě RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 jsou vyhodnoceny 3 zvolené varianty řešení z hlediska přínosů a nákladů⁴¹ (v rámci těchto variant je komentován stav

³⁹ Podle důvodové zprávy k zákonu č. 119/2020 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti regulace podnikání na finančním trhu, str. 59: „Navrhuje se úprava, která jde nad rámec povinné transpozice MiFID II a vrací právní úpravu do stavu před 3. lednem 2018.“

⁴⁰ „Stávající právní úprava nahrávání telefonických hovorů je upravena v § 17 odst. 1 a 2 ZPKT a jedná se o transpozici čl. 16 odst. 7 směrnice MiFID II. Podle současné právní úpravy má OCP povinnost uchovávat záznamy telefonických hovorů, které se týkají obchodů uzavřených OCP na vlastní účet a dále týkají-li se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka. [...] Stávající právní úprava tedy ukládá OCP povinnost nahrávat a uchovávat záznamy o určitých vybraných telefonických hovorech a je výsledkem minimální transpozice MiFID II. [...] Nicméně orgán ESMA doporučil nahrávat raději veškeré hovory a upřesnil, že státy mohou přijmout přísnější pravidla. Na základě toho vydala ČNB svůj výklad působnosti § 17 odst. 1 a 2 ZPKT a v meziresortním připomínkovém řízení požadovala svůj výklad povýšit na úroveň zákona, aby nevznikaly pochyby. Otázka byla předmětem rozporu mezi MF a ČNB, kdy tento rozpor byl řešen až na úrovni ministryně financí a guvernéra ČNB. Protože výsledkem řešení rozporu je fakticky úprava nad rámec povinné transpozice, považuje MF ČR za žádoucí podložit toto politické rozhodnutí analýzou přínosů a dopadů jednotlivých analyzovaných variant.“

⁴¹ „**Varianta 0 - ponechání stávající právní úpravy** V případě ponechání právní úpravy ve stávajícím znění a tedy zvolení nulové varianty nevznikají ve vztahu ke sledovaným aspektům přínosy ani dodatečné náklady. Současná právní úprava však představuje pro účastníky trhu právní nejistotu, kdy orgán dohledu, ČNB, svým výkladem tuto minimální transpozici rozšiřuje v souladu s výkladem ESMA (tj. „nelze dopředu určit, co bude či nebude obsahem hovoru“). Výklad ČNB sice není z hlediska formálně právního závazným výkladem, je ale jistým vodítkem, jak bude ČNB postupovat při dohledu, a je obecně vnímáno jako vhodné se tímto výkladem řídit. Protože výklad ČNB nemá sílu zákona, mohou teoreticky vznikat konflikty ve vztahu k GDPR (není zde zákonná licence, měl by být udělen souhlas klienta). [Účastník řízení v této souvislosti odkazuje např. na rozhodnutí ÚOOÚ ze dne 21.3.2019, č.j. ÚOOÚ-10138/18-8. K tomuto rozhodnutí ÚOOÚ se správní orgán vyjádřil v rámci rozhodnutí ze dne 11.2.2020, č.j. 2020/23726/570, které je dostupné na internetových stránkách https://www.cnb.cz/export/sites/cnb/cs/dohled-financni-trh/galleries/prilohy/S-Sp-2019_00082_CNB_573.pdf]

Varianta 1 - upřesnění současné právní úpravy Další zvažovanou variantou je upřesnění současné právní úpravy tak, aby striktně sledovala požadavky MiFID II (to je ale v zásadě splněno již dnes). Tato varianta by v podstatě znamenala popření výkladu ČNB na úrovni zákona, tj. aby ČNB respektovala záměr zákonodárce provést pouze minimální transpozici a nejt nad rámec zákona. [...] **Varianta 2 - nahrávání veškerých telefonických hovorů** Nahrávání veškerých telefonických hovorů souvisejících s poskytováním investičních služeb znamená zpřísnění požadavků, které požaduje evropský předpis (MiFID II) jako minimální harmonizace a jedná se tedy o národní úpravu (využití diskrece členského státu, kterou dovedl orgán ESMA). Zvolení této varianty by nemělo představovat pro OCP a další subjekty zvýšení nákladů ve srovnání s nulovou variantou (respektujeme-li výklad ČNB). [...] Rovněž odpadá prvek právní nejistoty, jak ve vztahu k GDPR, tak ve vztahu k výkladu pojmu „client order service“ či „související“. Přesto lze očekávat, že slovo „související“ (related) bude ještě předmětem upřesňujícího výkladu, který jasně vymezí „safe harbour“, kdy lze hovor nenahrát. [...] **Návrh nejhodnějšího**

podle ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 a extenzivní výklad správního orgánu). Z textu zprávy je dle účastníka řízení zjevné, že se správní orgán při výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 dopouští extenzivní interpretace nad původní záměr zákonodárce.

67. Důvodová zpráva a závěrečná zpráva RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 podle účastníka řízení dokládají, že vůlí a záměrem zákonodárce při přijímání ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 bylo přistoupit pouze k minimalistické transpozici směrnice MiFID II, a stanovit tak povinnost nahrávat a uchovávat záznamy pouze o určitých vybraných telefonických hovorech, tj. záznamy v podobě nahrávek telefonických hovorů či elektronické komunikace se vedou pouze v případě, že obsahují nebo mohou obsahovat pokyny k obchodování. Současně z těchto dokumentů vyplývá, že správní orgán nerespektuje záměr zákonodárce provést pouze minimalistickou transpozici a jde svým výkladem nad rámec zákona.
68. K výkladu nad rámec úmyslu zákonodárce se v minulosti vyjádřil Nejvyšší správní soud např. v oblasti veterinárního zákona⁴², jehož závěr lze (vzhledem ke správněprávní a ústavněprávní povaze věci) analogicky uplatnit i na danou situaci. Pokud správní orgán účastníkovi řízení dovodil povinnost neuvedenou v zákoně, jak mj. vyplývá přímo ze zprávy RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020, lze dle názoru účastníka řízení výklad správního orgánu ve vztahu k rozsahu nahrávané komunikace považovat za rozporný se základními ústavními principy, a to zejména čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod, na základě kterého každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.
69. Výše uvedené závěry jsou v souladu s odbornou literaturou, podle které „ČNB našla oporu pro svůj rozšiřující výklad ve skutečnosti, že vymezení situací, na které se vztahuje povinnost nahrávat telefonické nebo elektronické komunikace dle článku 16 odst. 7 MiFID II, není výčtem taxativním, a tudíž při transpozici zmíněného ustanovení členskými státy je v tomto případě ponechána volnost umožňující i rozšíření na další investiční služby nežli jsou ty, které jsou vymezené v tomto odstavci. [...] Z pohledu českého práva však zákonodárce netransponoval do právního řádu výčet předmětných investičních služeb dle ustanovení článku 16 odst. 7 MiFID II ve formě demonstrativního výčtu, nýbrž se jedná o výčet úplný.“⁴³

řešení S ohledem na politické rozhodnutí byla zvolena jako nejvhodnější varianta 2. I z objektivního hlediska má tato varianta řadu nesporných přínosů, jakými je zvýšení právní jistoty, vyšší ochrana drobných klientů a účinnější dohled. [...] tato varianta se fakticky liší od nulové varianty jen tím, že výklad ČNB povyšuje na úroveň zákona. Pokud se regulovaný subjekt řídil předpisy před 3. ledem 2018, případně pokud se řídil výkladem ČNB, tak mu fakticky žádné nové náklady nevznikají. Pokud se subjekt výkladem ČNB neřídil (pravděpodobně na základě zásady „comply or explain“), pak mu náklady vznikají. [...]“

⁴² Viz Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 6. 2020, č. j. 5 As 190/2017-29: „Jakkoliv lze přisvědčit krajskému soudu, pokud jde o cíle veřejnoprávní regulace v oblasti veterinární hygieny, nelze extenzivním výkladem veterinárního zákona, resp. takovým výkladem, který za zákonodárce domýšlí, co v zákoně uvedeno není, dojít až k popření základních ústavních principů, podle nichž každý jednotlivec může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá (čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod a čl. 2 odst. 4 Ústavy ČR), přičemž povinnosti mohou být jednotlivcům ukládány pouze na základě zákona a v jeho mezích (čl. 4 odst. 1 Listiny). Tyto principy jsou dále zesíleny pro oblast správního trestání, kde musí beze zbytku platit zásada nullum crimen, nulla poena sine lege (čl. 39 Listiny, čl. 7 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod).“

⁴³ Viz § 17 [Uchovávaní dokumentů a záznamů]. In: BRYCHOVÁ, Helena a kol. Zákon o podnikání na kapitálovém trhu: Komentář. Praha: Nakladatelství Wolters Kluwer, [online]. Dostupné z: https://www.aspi.cz/products/lawText/13/191/1/2#pa_17

70. Správní orgán má za to, že jeho výklad je v souladu s **teleologickým výkladem** ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, neboť je v souladu se smyslem a účelem tohoto ustanovení.
71. Správní orgán nepovažuje za sporné, že ustanovení § 17 odst. 2 věty první ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 představuje tzv. **minimalistickou transpozici** čl. 16 odst. 7 pododstavce prvního MiFID II, tedy naplňuje pouze minimální požadavky stanovené tímto ustanovením, když výslovně stanoví povinnost nahrávat „alespoň“ vybrané telefonické hovory „*týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka*“, zatímco ustanovení § 17 odst. 2 věta první ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 jde nad rámec těchto požadavků, když výslovně ukládá povinnost nahrávat telefonické hovory „*týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb poskytovaných zákazníkovi*“, tedy povinnost nahrávat veškeré telefonické hovory související s poskytováním investičních služeb.
72. Správní orgán však zdůrazňuje, že povinnost nahrávat a uchovávat záznamy o určitých vybraných telefonických hovorech stanovená v čl. 16 odst. 7 pododstavci prvním MiFID II, resp. ustanovení § 17 odst. 2 věty první ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 nelze vykládat jako povinnost nahrávat a uchovávat záznamy telefonických hovorů pouze v případě, že „*obsahují nebo mohou obsahovat pokyny k obchodování*“, jak uvádí účastník řízení v odstavcích 34 a 44 Vyjádření. Slovní spojení „*týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka*“ („*relating to the provision of client order services that relate to the reception, transmission and execution of client orders*“) a v jeho rámci zejména pojem „investiční služba“ mají širší význam a zahrnují širší množinu komunikace, než jen pouhé přijetí a předání pokynu.
73. Rozsah povinně nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky totiž nebyl (a není) dán pouze ustanovením § 17 odst. 2 věty první ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 (a ustanovením § 17 odst. 2 věty první ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020), ale vzhledem k transpozici požadavku čl. 16 odst. 7 pododstavce druhého MiFID II, též ustanovením § 17 odst. 2 věty druhé ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 (a ustanovením § 17 odst. 2 věty druhé ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020), které s účinností od 3.1.2018 stanoví povinnost zaznamenávat telefonické hovory i tehdy „*bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první (tj. obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka), avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo*“.
74. Tento požadavek, jak je uvedeno výše, podle názoru správního orgánu implikuje povinnost nahrávat rovněž telefonické hovory týkající se investiční služby investiční poradenství, pokud při takových telefonických hovorech se zákazníkem došlo k situaci, která vedla nebo mohla vést k přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka anebo k obchodování na vlastní účet, což nelze před začátkem telefonního hovoru vyloučit.
75. Správní orgán dále uvádí, že podle odborné literatury se v případě **teleologického (historického) výkladu** jedná o nadstandardní metodu interpretace práva, která plní při výkladu právní normy pouze doplňkovou funkci a většinou bývá spojena s překročením interpretace samotného textu zákona, přičemž argumentační závěry takto zjištěné nemohou obstát, jsou-li ve zjevném rozporu s textem zákona, resp. mezinárodní

smlouvy a s interpretačními výsledky dosaženými standardními metodami⁴⁴. Starší odborná literatura dokonce uvádí, že: „*Nejméně spolehlivý a i teoreticky pochybný je výklad historický, který požaduje, aby se při výkladu právní normy přihlíželo k okolnostem jejího vzniku a zejména též k její důvodové zprávě. Do oblasti historického výkladu náleží i tzv. argumentum e ratione legis, tj. výklad podle známého nebo podle předpokládaného úmyslu či záměru zákonodávce. Ve skutečnosti ovšem právní normu nelze vykládat podle doby, kdy byla vydána, ale podle doby, kdy je aplikována, a ani není rozhodné, co zákonodárce chtěl vyjádřit, ale to, co vyjádřil, tj. to, co lze ze slov zákona vyčíst. Výklad historický, včetně výkladu ‚e ratione legis‘, může tedy při zjišťování významu právní normy sloužit jen jako výklad pomocný, který je třeba konfrontovat s výkladem provedeným ostatními interpretačními metodami.*“⁴⁵

76. V souvislosti s **teleologickým výkladem** účastník řízení odkazuje na stanovisko pléna Ústavního soudu (sp. zn. Pl. ÚS-st.-1/96), podle něhož smysl a účel zákona lze dovodit především z autentických dokumentů vypovídajících o vůli a záměrech zákonodávce jako je důvodová zpráva k návrhu zákona a argumentace přednesená v rozpravě při přijímání návrhu zákona. Správní orgán podotýká, že Ústavní soud zde vycházel z premisy, že ze souhlasu zákonodávce s osnovou návrhu lze presumovat i jeho souhlas s jejími důvody. V daném případě je dle názoru správního orgánu relevantní důvodová zpráva k návrhu zákona č. 204/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, tj. důvodová zpráva obsahující odůvodnění ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, nikoliv důvodová zpráva k návrhu zákona č. 119/2020 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti regulace podnikání na finančním trhu, tj. důvodová zpráva obsahující odůvodnění ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020. Zpracovatelem jak důvodové zprávy k návrhu zákona č. 204/2017 Sb., tak důvodové zprávy k návrhu zákona č. 119/2020 Sb. a příslušných závěrečných zpráv z hodnocení dopadů regulace (RIA) je Ministerstvo financí (zástupce vlády coby předkladatele těchto návrhů zákonů). Podle správního orgánu je třeba vzít v úvahu skutečnost, že návrh zákona č. 204/2017 Sb. předkládala vláda, resp. Ministerstvo financí, a následně projednávala a schvalovala Poslanecká sněmovna a Senát v jiném složení než v případě návrhu zákona č. 119/2020 Sb. (jednalo se o různá volební období těchto orgánů). Závěrečná zpráva z hodnocení dopadů regulace (RIA) k návrhu zákona č. 119/2020 Sb. tak nemůže být autentickým vodítkem ke zjištění vůle a záměru zákonodávce, který projednával a schvaloval návrh zákona č. 204/2017 Sb.
77. Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 204/2017 Sb., z níž účastník řízení cituje, pak k odstavcům 1 až 5 ustanovení § 17 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 uvádí: „*V odstavci 1 se transponuje čl. 16 odst. 6 MiFID II stanovující povinnost uchovávání záznamů a dokumentů (records) týkajících se investičních služeb a obchodů tak, aby Česká národní banka mohla sledovat dodržování požadavků stanovených ZPKT, trestním zákonem, MAR a MiFIR. Tuto povinnost dále rozvádí MiFIR a česká národní úprava deníku OCP v § 13. Viz též čl. 25 MiFIR, ale i čl. 31 MiFIR upravující specifika ve vztahu ke kompresi portfolií (portfolio compression). Nový odstavec 1 víceméně odpovídá stávajícímu § 17 odst. 1. V odstavcích 2 až 5 dochází k transpozici prvního až třetího a sedmého až devátého pododstavce čl. 16 odst. 7 MiFID II, které specifikují, co vše je součástí záznamů komunikace se zákazníkem týkající se poskytnuté investiční služby a*

⁴⁴ Boguszak, J. – Čapek, J. – Gerloch, A.: *Teorie práva*. Praha: ASPI Publishing, 2004, s. 182, 186. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009. s. 132, 135, 136.

⁴⁵ Knapp, V.: *Teorie práva*, 1. vydání. Praha, C.H. Beck 1995, s. 171.

jakým způsobem mohou zákazníci sdělovat své pokyny. Zatímco čl. 16 odst. 6 MiFID II víceméně odpovídá čl. 13 odst. 6 MiFID I, tak čl. 16 odst. 7 MiFID II je zbrusu nový. Na rozdíl od odstavce 1, který zmiňuje záznamy a dokumenty, tak odstavce 2 až 5 se týkají jen záznamů (recordings, minutes, notes), a to typicky záznamů komunikace se zákazníkem, a odstavec 6 zase primárně dokumentů. Odstavce 2 až 5 je třeba vnímat jako podrobná pravidla ve vztahu k odstavci 1.

78. Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 204/2017 Sb., pokud jde o určení rozsahu povinně nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky, tedy odkazuje na čl. 16 odst. 7 MiFID II, přičemž zjistit smysl a účel tohoto ustanovení, tedy smysl a účel povinnosti zaznamenávat telefonní hovory se zákazníky a potenciálními zákazníky, lze z recitálu MiFID II. Vzhledem k tomu, že otázka, zda je výklad ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 provedený správním orgánem v souladu a se zněním MiFID II (tj. zda je eurokonformní), je předmětem následující námitky účastníka řízení, správní orgán odkazuje na repliku k této námitce.
79. Správní orgán se dále pro úplnost vyjadřuje k pasážím z odborné literatury⁴⁶, které účastník řízení používá na podporu své argumentace v odstavci 37 Vyjádření. Podle autorky těchto pasáží správní orgán nalezl oporu pro svůj výklad v nesprávném předpokladu, že český zákonodárce transponoval do českého právního řádu výčet investičních služeb, na které se vztahuje povinnost nahrávat telefonickou komunikaci dle čl. 16 odst. 7 MiFID II, ve formě demonstrativního výčtu. Tato domněnka však není správná, neboť správní orgán svůj výklad o takový předpoklad neopírá. Správní orgán v dokumentu „Soubor odpovědí na otázky související s novým režimem MiFID 2/ MiFIR“⁴⁷ na základě skutečnosti, že obchodník s cennými papíry má podle čl. 16 odst. 6 MiFID II povinnost zajistit, aby „... o všech jím prováděných službách, činnostech a obchodech byly vedeny dostatečné záznamy, které příslušnému orgánu umožní vykonávat úkoly v oblasti dohledu a provádět donucovací opatření“ a skutečnosti, že výčet záznamů, které je obchodník s cennými papíry povinen pořizovat, není podle čl. 16 odst. 7 MiFID II taxativní, dovodil toliko, že MiFID II nijak neomezuje možnost, aby obchodník s cennými papíry pořizoval i jiné záznamy, než ty, které se týkají obchodování na vlastní účet a poskytování investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka. Na základě i těchto skutečností pak správní orgán dále dospěl k závěru, že (i) znění § 17 odst. 2 ZPKT ve znění zákona č. 204/2017 Sb. s účinností od 3.1.2018 se (na rozdíl od právní úpravy v § 17 ZPKT ve znění účinném do 2.1.2018) výslovně nevztahuje na poskytování investiční služby správy portfolia nebo investičního poradenství, ledaže by při telefonickém rozhovoru se zákazníkem došlo k situaci, která by vedla nebo mohla vést k přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka anebo k obchodování na vlastní účet, (ii) ačkoliv MiFID II nově neukládá výslovnou povinnost provádět nahrávky telefonních hovorů se zákazníkem v případě všech investičních služeb, bude taková nahrávka nutnou podmínkou řádného naplnění § 17 odst. 1 ZPKT ve znění zákona č. 204/2017 Sb., ale také naplněním povinnosti obchodníka s cennými papíry jednat obezřetně (§ 12 odst. 1 ZPKT ve znění zákona č. 204/2017 Sb.), neboť se tímto způsobem efektivně snižuje riziko neoprávněných stížností a sporů s klientem, a konečně (iii) že k zúžení povinnosti nahrávání telefonických rozhovorů s klienty oproti

⁴⁶ Správní orgán konstatuje, že ke dni vydání tohoto rozhodnutí, byla citovaná odborná literatura (komentář k ZPKT) dostupná pouze elektronicky v systému ASPI pod účastníkem řízení uvedeným odkazem: https://www.aspi.cz/products/lawText/13/191/1/2#pa_17 s poznámkou „Připravujeme“ a komentovala pouze ustanovení § 16 až 50f ZPKT.

⁴⁷ Zveřejněný na internetových stránkách <https://www.cnb.cz/cs/dohled-financni-trh/legislativni-zakladna/stanoviska-k-regulaci-financniho-trhu/RS2017-06/>.

současnému stavu nedojde, a povinnost uchovávat záznamy komunikace s klienty se bude vztahovat jak na obchody uskutečněné, tak i na komunikaci s potenciálními zákazníky. Tyto závěry lze přitom dovodit ze znění čl. 16 odst. 7 druhého pododstavce MiFID II, resp. z § 17 odst. 1 a 2 ZPKT ve znění zákona č. 204/2017 Sb. a takový výklad je v souladu i s výše popsáním stanoviskem ESMA.

c) Námitka, že výklad správního orgánu je v rozporu s eurokonformním výkladem ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020

80. Účastník řízení namítá, že správní orgán nesprávně (nad rámec zákona) interpretoval relevantní části dokumentu Evropského orgánu pro cenné papíry a trhy „Otázky a odpovědi týkající se ochrany investorů a zprostředkovatelů v MiFID II a MiFIR“ (dále jen „ESMA⁴⁸“ a „Q&A⁴⁹“) a předmětné ustanovení MiFID II, čímž nesprávně aplikoval eurokonformní výklad ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020. Přičemž primárně vycházel ze stanovisek ESMA, která nejsou právně závazná, a nepostupoval v souladu s judikaturou, podle které, jsou-li k dispozici dva rovnocenné výklady, je správní orgán povinen zvolit ten, který nejlépe odpovídá úmyslu zákonodárce.
81. Samotný smysl a účel povinnosti zaznamenávat telefonní hovory se zákazníky a potenciálními zákazníky zachycuje recitál 57 směrnice MiFID II, ze kterého lze vyčíst rozsah této povinnosti, když stanoví, aby „podniky zaznamenávaly telefonní hovory nebo elektronickou komunikaci zahrnující pokyny zákazníků. Zaznamenávání telefonních hovorů nebo elektronické komunikace zahrnující pokyny zákazníků je v souladu s Listinou základních práv Evropské unie.“
82. Slovní spojení „telefonní hovory zahrnující pokyny“ je zapotřebí vykládat doslovně, resp. adekvátně a v jeho smyslu (tj. telefonní hovory, prostřednictvím nichž podnik přijímá nebo předává pokyny zákazníků). Naopak nelze slovní spojení vykládat jako jakékoliv hovory nesouvisející přímo s poskytováním investiční služby přijímání nebo předávání pokynů prostřednictvím telefonních hovorů nebo jakékoliv pokyny nezakládající dispozici s konkrétním investičním nástrojem. Pokynem tak například není sjednání nebo zprostředkování rámcové smlouvy o poskytování investičních služeb, která nezakládá konkrétní dispozici s investičním nástrojem.
83. Uvedenou adekvátní a teleologickou interpretaci dokládají též další pasáže recitálu 57 MiFID II: „Pokud zákazníci sdělují své pokyny jinými prostředky než telefonicky, měla by být tato komunikace zaznamenána na trvalých nosičích dat, jako jsou listovní zásilky, fax, elektronická pošta nebo dokumentace pokynů zákazníků pořizovaná na jednáních.“ [...] „Tyto pokyny by měly být považovány za rovnocenné telefonickým pokynům“. Lze tak tvrdit, že výklad povinnosti nahrávání se a contrario týká pokynů sdělených zákazníky a potenciálními zákazníky prostřednictvím telefonické komunikace.
84. Samotný rozsah povinně nahrávané telefonické komunikace se zákazníkem a potenciálním zákazníkem je stanoven v prvním a druhém pododstavci čl. 16 odst. 7 směrnice MiFID II,

⁴⁸ European Securities and Market Authority

⁴⁹ ESMA35-43-349, Questions and Answers On MiFID II and MiFIR investor protection and intermediaries topics, poslední verze z 19.11.2021 dostupná na https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-349_mifid_ii_qas_on_investor_protection_topics.pdf (poslední aktualizace části Q&A týkající se nahrávání telefonické komunikace proběhla k 3.10.2017).

jejichž transpozicí je § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020⁵⁰. Podle čl. 16 odst. 7 pododstavce prvního MiFID II: „**Záznamy obsahují nahrávání telefonních hovorů** či elektronické komunikace týkající se alespoň obchodů uzavřených při obchodování na vlastní účet a **poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků.**“ a podle čl. 16 odst. 7 pododstavce druhého MiFID II: „Mezi **tyto telefonní hovory** a elektronickou komunikaci patří i ty, jejichž účelem je uskutečnit obchody uzavírané při obchodování na vlastní účet nebo **poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků.**“

85. Z uvedeného vyplývá, že ukazovací zájmeno „tyto“ jednoznačně odkazuje na předchozí pododstavec téhož odstavce, v němž se rozsah telefonních hovorů omezuje slovním spojením „týkající se“ pouze na „poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků“. Lze tak uzavřít, že slovní spojení „týkající se“ značí vztah ke konkrétně omezené množině telefonické komunikace se zákazníkem a potenciálním zákazníkem, nikoliv souvislost s jakýmikoliv pokyny od zákazníka a potenciálního zákazníka či investičními službami poskytovanými zákazníkovi a potenciálnímu zákazníkovi.
86. Podle účastníka řízení pojem „služeb na pokyn zákazníků“ znamená výslovně investiční služby pro přijímání, předávání a provádění pokynů, tudíž toliko v kontextu povinnosti nahrávání telefonické komunikace ohledně služby umožňující zákazníkům a potenciálním zákazníkům zadávat pokyny prostřednictvím telefonu.
87. Nad rámec výše uvedeného účastník řízení odkazuje na relevantní části Q&A, ve kterých ESMA popisuje rozsah povinně nahrávané telefonické komunikace. Konkrétně na odpověď č. 11⁵¹, kdy pojmy uvedené v demonstračním výčtu činností ESMA se týkají praktik obchodování podniků na vlastní účet nebo se zákazníky prostřednictvím telefonních hovorů jakožto formy komunikace, ke které povinnost nahrávání směřuje, na odpověď č. 12⁵², ze které vyplývá, že požadavek na nahrávání je nezbytný k zachycení a prokázání skutečného úmyslu protistran v případném sporu, a dále na odpověď č. 13⁵³, ze které je zřejmé, že výčet povinně nahrávané komunikace není taxativní a je na vůli členských států EU, zda přistoupí k nahrávání dalších investičních služeb, jako tomu je s účinností ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020. Z těchto odpovědí lze dovodit, že ESMA sice vykládá rozsah povinně nahrávané telefonické komunikace se zákazníky a

⁵⁰ Viz Rozdílová tabulka zpracování předpisů ES do návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony. Dostupná z: <https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=127459>.

⁵¹ „This should include telephone conversations or electronic communications such as: **transmitting an order to a broker or placing an order with an entity for execution, conversations or communications relating to the handling of an order** (including solicitations and acceptance of transactions).“ [...] „This should include **conversations and communications regarding prices, solicitations, bids, offers, indications of interest and requests for quotes.**“

⁵² „to show the intention behind trading and the knowledge of the person at the point at which they trade, which are matters that are often not easily established, but may be crucial in a successful enforcement case“ [...] „to ensure that there is evidence to resolve disputes between an investment firm and its clients over **the terms of transactions**, being in some cases the sole evidence to be relied on in the event of a dispute.“

⁵³ „ESMA notes that Members States may also decide to extend the requirements further to other MiFID services, or non-MiFID services and products.“

potenciálními zákazníky širěji než samotný MiFID II, nikoliv však tak široce jako správní orgán, což potvrzuje i odborná literatura⁵⁴.

88. Podle účastníka řízení výklad ESMA v Q&A nemá normativní povahu, ale jedná se o právně nezávazný akt, neboť tento výklad nebyl transponován do českých právních předpisů. Dokud k transpozici nedošlo, měl by správní orgán aplikovat přednostně vnitrostátní právo a vůli českého zákonodárce, nikoliv vůli ESMA. Tento přístup správní orgán zastává mj. v oblasti posuzování úvěruschopnosti spotřebitele, kde nepřisuzuje právní závaznost Obecným pokynům Evropského orgánu pro bankovníctví (EBA), které dle názoru správního orgánu nejsou aktem normativní povahy.
89. Správní orgán má za to, že vykládá ustanovení § 17 odst. 1 a 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 **euromkonformně**, tedy v souladu se smyslem a účelem vyjádřeným v recitálu (57), čl. 16 odst. 6 a 7 MiFID II a v souladu s výkladem ESMA, který je nezávislým orgánem Evropské unie, jehož cílem je konvergence dohledu, tedy jednotné provádění a uplatňování stejných pravidel za použití podobných přístupů ve všech 27 členských státech, a poskytování poradenství orgánům Evropské unie v oblasti regulace kapitálového trhu.
90. Správní orgán uvádí, že podle recitálu (57) MiFID II: **„Zaznamenávání telefonních hovorů nebo elektronické komunikace zahrnující pokyny zákazníků je v souladu s Listinou základních práv Evropské unie (dále jen „Listina“) a je odůvodněno v zájmu posílení ochrany investorů, lepšího dohledu nad trhem a vyšší právní jistoty ve prospěch investičních podniků a jejich zákazníků. (...) Tyto záznamy by měly zajistit doklady umožňující prokázat podmínky veškerých pokynů zadaných zákazníky a jejich korespondenci v souvislosti s obchody provedenými investičními podniky, jakož i odhalit jakékoli jednání, které může být relevantní z hlediska zneužívání trhu, včetně případů, kdy podniky obchodují na vlastní účet. (...) Tyto záznamy by měly být příslušným orgánům k dispozici při plnění jejich úkolů v oblasti dohledu a při provádění donucovacích opatření podle této směrnice a podle nařízení (EU) č. 600/2014, nařízení (EU) č. 596/2014, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/57/EU (26), tak aby příslušné orgány mohly určit jednání, jež není v souladu s právním rámcem pro činnost investičních podniků.“**
91. Správní orgán má na základě výše uvedeného za to, že povinnost uchovávat záznamy (nahrávky) telefonické komunikace má primárně umožnit orgánu dohledu provést kontrolu činnosti obchodníka s cennými papíry a ověřit, zda obchodník s cennými papíry dodržuje informační povinnost vůči zákazníkům, povinnost jednat s odbornou péčí a další relevantní povinnosti vyplývající z MiFID II, čehož je obtížné dosahovat jinak než kontrolou nahrávek telefonické komunikace mezi obchodníkem s cennými papíry a (potenciálním) zákazníkem.

⁵⁴ Konkrétně: „v tomto ohledu je aktuální výklad ČNB ve vztahu k nahrávání telefonické nebo elektronické komunikace poněkud odlišný od postoje ESMA. ČNB zvolila extenzivní přístup, a to ten, že i přestože odstavec 2 limituje rozsah investičních služeb, kterých se povinnost nahrávat telefonickou nebo elektronickou komunikací týká, povinnost uchovávat záznamy nebo dokumenty o veškerých poskytnutých investičních službách podle odstavce 1 lze vyložit i tak, že tato povinnost zahrnuje i nahrávky telefonických nebo elektronických komunikací, které nejsou zmíněny v odstavci 2. To jest i v případech ostatních investičních služeb, které ze své povahy nemohou směřovat k přijetí, předání nebo provedení pokynu nebo provedení obchodu na vlastní účet. Typickým případem tedy může být již zmíněné investiční poradenství [...]“ (§ 17 [Uchovávání dokumentů a záznamů]. In: BRYCHOVÁ, Helena a kol. Zákon o podnikání na kapitálovém trhu: Komentář. Praha: Nakladatelství Wolters Kluwer, [online]. Dostupné z: https://www.aspi.cz/products/lawText/13/191/1/2#pa_17).

92. Účel obecné povinnosti uchovávat záznamy o činnosti investičního podniku, včetně záznamů telefonních hovorů, je explicitně vyjádřen v čl. 16 odst. 6 MiFID II: „**Investiční podnik zajistí, aby o všech jím prováděných službách, činnostech a obchodech byly vedeny dostatečné záznamy, které příslušnému orgánu umožní vykonávat úkoly v oblasti dohledu a provádět donucovací opatření podle této směrnice, nařízení (EU) č. 600/2014, směrnice 2014/57/EU a nařízení (EU) č. 596/2014, a zejména ověřit, zda investiční podnik plní všechny povinnosti, včetně povinností ve vztahu k zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům a k integritě trhu.**“, který je transponován do ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT: „**Obchodník s cennými papíry uchovává záznamy a dokumenty týkající se investičních služeb a obchodů dostatečně k tomu, aby na jejich základě mohla Česká národní banka sledovat dodržování požadavků podle tohoto zákona, přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího zneužívání trhu a přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího trhy finančních nástrojů, zejména zda obchodník s cennými papíry dodržuje své povinnosti vůči zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům a zda nenarušuje řádné fungování trhu**“.
93. Správní orgán v této souvislosti uvádí, že slovnímu spojení „*telefonní hovory zahrnující pokyny zákazníků (involving client orders)*“ v kontextu recitálu (57) MiFID II citovaného výše a slovnímu spojení „*nahrávání telefonních hovorů (a elektronické komunikace) týkající se alespoň obchodů uzavřených při obchodování na vlastní účet a poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků*“ uvedenému v čl. 16 odst. 7 MiFID II rozumí tak, že se jedná o telefonní hovory související s („*relating to*“) poskytováním investičních služeb dle přílohy I, oddílu A, bodu (1), (2) a (3), MiFID II, resp. dle § 4 odst. 1 písm. a), b) a c) ZPKT. Toto pojetí potvrzuje svým výkladem rovněž orgán ESMA v odpovědi na dotaz č. 13 Q&A⁵⁵.
94. Správní orgán má za to, že rozsah povinnosti nahrávání telefonické komunikace mimo recitál (57), který vysvětluje a odůvodňuje význam a účel právní úpravy zavádějící povinnost zaznamenávat telefonní hovory v rámci MiFID II, lze vyčíst též přímo z čl. 16 odst. 7 MiFID II, který v návaznosti na obecnou povinnost investičního podniku uchovávat záznamy o všech jím prováděných službách, činnostech a obchodech stanovené v čl. 16 odst. 6 MiFID II, ohledně nahrávek telefonních hovorů stanoví, že: „*Záznamy obsahují nahrávání telefonních hovorů či elektronické komunikace týkající se alespoň obchodů uzavřených při obchodování na vlastní účet a poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků.*“⁵⁶ a dále, že: „*Mezi tyto telefonní hovory a elektronickou komunikaci patří i ty, jejichž účelem je uskutečnit obchody uzavírané při obchodování na vlastní účet nebo poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků, a to i v případě, že tyto hovory nebo komunikace k uzavření takových obchodů nebo poskytnutí služeb na pokyn zákazníků nevedou.*“⁵⁷.

⁵⁵ Na otázku č. 13 „What is the applicable scope of the record keeping requirements set out in Article 16(7) of MiFID II in terms of products and services? je uvedena odpověď č. 13 „The requirements set out in Article 16(7) of MiFID II and the related Article 76 of the MiFID II Delegated Regulation apply “at least” to the provision of services (1), (2) and (3) included in Annex I, Section A of MiFID II.“ a dále „Article 16(7) only requires the recording of communications **in relation to** the client order services mentioned above.“

⁵⁶ „Records shall include the recording of telephone conversations or electronic communications **relating to**, at least, transactions concluded when dealing on own account and the provision of client order services **that relate to** the reception, transmission and execution of client orders.“

⁵⁷ „Such telephone conversations and electronic communications shall also include those that are intended to result in transactions concluded when dealing on own account or in the provision of client order services that

95. Ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 pak v tomto smyslu transponuje čl. 16 odst. 7 MiFID II: „Záznamy podle odstavce 1 zahrnují záznamy telefonických hovorů a elektronické komunikace týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka. Tyto záznamy se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo“.
96. Z čl. 16 odst. 7 MiFID II stejně jako z § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 vyplývá, že povinnost nahrávání telefonické komunikace se vztahuje nejen na tu část telefonické komunikace, ve které je pokyn zadán, ale na širší množinu komunikace, která s investičními službami, jež zahrnují operace s pokyny, jako je přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, souvisí. Povinnost nahrávání telefonické komunikace se tak může vztahovat i na investiční službu investiční poradenství, neboť při telefonické komunikaci se zákazníkem může nastat situace, kdy by investiční poradenství mohlo vyústit v („intend to result in“) přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, byť by k tomu nakonec nedošlo.
97. Toto pojetí potvrzuje svým výkladem rovněž orgán ESMA v odpovědi na dotaz č. 13 Q&A, ve které se uvádí, že nahrávání má být de facto také komunikace týkající se investičního poradenství, neboť to obecně vždy směřuje k podání pokynu zákazníkem⁵⁸ a dále v odpovědi na dotaz č. 8 Q&A, ve které uvádí, že se musí nahrávat vždy celý hovor, protože obchodník s cennými papíry nikdy neví, ve které části hovoru se bude komunikace pokynů týkat⁵⁹, tedy ani ve vztahu k celé množině hovorů obchodník s cennými papíry nemůže předvídat, ve kterém z hovorů se bude komunikace vztahující se k pokynu vyskytovat. Skutečnost, že v závěru odpovědi na dotaz č. 13 ESMA uvádí, že členské státy se mohou také rozhodnout rozšířit požadavky na další služby MiFID II nebo služby a produkty jiné než ty, které upravuje MiFID II⁶⁰, na výše uvedeném pojetí nic nemění a není s ním v rozporu.
98. Výkladem ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 a MiFID II tak lze dospět k závěru, že bez existence nahrávky telefonického hovoru nelze zcela spolehlivě posoudit, zda účelem telefonického hovoru bylo nebo nebylo uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, pokud k poskytnutí této investiční služby nedošlo. Pořízení pouze záznamu komunikace se zákazníkem (nebo

relate to the reception, transmission and execution of client orders, even if those conversations or communications do not result in the conclusion of such transactions or in the provision of client order services“

⁵⁸ Na otázku č. 13 „What is the applicable scope of the record keeping requirements set out in Article 16(7) of MiFID II in terms of products and services?“ je uvedena odpověď č. 13 „Article 16(7) only requires the recording of communications in relation to the client order services mentioned above. However, the second subparagraph of Article 16(7) also requires those conversations and communications that are “intended to result in” the provision of these services to be recorded. In practice, other investment services like investment advice (paragraph (5) of Annex I, Section A) may be provided at the point when there is an intention to provide a client order services. In this case, the content of the advisory service would need to be recorded, as it would de facto be in scope of Article 16(7) of MiFID II.“

⁵⁹ Na otázku č. 8 „Do relevant telephone conversations and electronic communications need to be recorded by the firm from start to end?“ je uvedena odpověď č. 8 „In ESMA’s view, the scope of the requirements require firms to record the entirety of telephone conversations and electronic communications. This is because it is impossible to appreciate upfront whether the conversation will lead to the conclusion of a transaction. Therefore, ESMA expects firms to record all relevant telephone conversations or electronic communications from start to end.“

⁶⁰ „ESMA notes that Members States may also decide to extend the requirements further to other MiFID services, or non-MiFID services and products.“

potenciálním zákazníkem) jinak, než přímým nahráním takového telefonického hovoru v rámci investičního poradenství, nelze bez dalšího považovat za dostatečný záznam ve smyslu ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, a to z důvodu, že obchodník s cennými papíry není na jeho základě schopen sledovat dodržování požadavků podle ZPKT, MAR a MiFIR a nemůže bez něj věrohodně doložit soulad svých postupů s uvedenými předpisy. Takovým postupem by (bez případných dalších souvisejících důkazů) nebylo možné dosáhnout naplnění požadavku obsaženého v čl. 16 odst. 6 MiFID II, tj. vést záznamy dostatečně na to, aby dohledový orgán mohl vykonávat úkoly v oblasti dohledu a provádět donucovací opatření.⁶¹

99. Tento výklad potvrzuje orgán ESMA jak v Technickém doporučení Komisi k MiFID II a MiFIR ze dne 19.12.2014 (ESMA/2014/1569)⁶² v části 2.6. bodu 6: „Zvláštní povinnost upravená v čl. 16 odst. 7 se však vztahuje na telefonní hovory nebo elektronickou komunikaci týkající se uzavřených obchodů (a hovory a komunikaci, jejichž účelem je uzavření obchodů) při obchodování na vlastní účet a poskytování služeb na pokyn zákazníků, které se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků. ESMA však chce objasnit, že ačkoli poskytování investičního poradenství nepodléhá těmto povinnostem, hovory a komunikace, které vedou nebo mohou vést k poskytování výše uvedených služeb, mohou zahrnovat investiční poradenství.“⁶³, tak v odpovědi na dotaz č. 13 Q&A, ve které uvádí: „Článek 16 odst. 7 vyžaduje pouze záznam komunikace ve vztahu k výše uvedeným službám na pokyn zákazníků. Ustanovení čl. 16 odst. 7 druhého pododstavce však rovněž vyžaduje, aby byly zaznamenány ty hovory a komunikace, které „by mohly vyústit v“ poskytování těchto služeb. V praxi však mohou být v okamžiku, kdy existuje záměr poskytovat služby na pokyn zákazníků, poskytovány jiné investiční služby jako investiční poradenství (odstavec 5 přílohy I oddílu A). V tomto případě by bylo třeba zaznamenat obsah poradenské služby, neboť by de facto spadl do působnosti čl. 16 odst. 7 MiFID II.“⁶⁴.

100. Pokud jde o pasáže z odpovědí č. 11 a č. 12 Q&A, které účastník řízení cituje v odstavci 47 Vyjádření, dle názoru správního orgánu neprokazují, že se povinnost nahrávat telefonické hovory vztahuje pouze na investiční služby přijímání, předávání a provádění pokynů, resp. na služby umožňující zákazníkům zadávat pokyny prostřednictvím telefonu,

⁶¹ Viz bod 3 „Rozsah nahrávané komunikace se zákazníky ve smyslu ustanovení čl. 16(7) MiFID II“ dokumentu „Soubor odpovědí na otázky související s novým režimem MiFID 2 / MiFIR“ publikovaného původně na internetových stránkách <https://www.cnb.cz/cs/casto-kladene-dotazy/Soubor-odpovedi-na-otazky-souvisejici-s-novym-rezimem-MiFID-2---MiFIR/> a ke dni vydání tohoto rozhodnutí na internetových stránkách <https://www.cnb.cz/cs/dohled-financni-trh/legislativni-zakladna/stanoviska-k-regulaci-financniho-trhu/RS2017-06/>.

⁶² Viz dokument dostupný na https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2014-1569_final_report_-_esmas_technical_advice_to_the_commission_on_mifid_ii_and_mifir.pdf

⁶³ „However the specific obligation regulated under Article 16(7) applies to telephone conversations or electronic communications relating to transactions concluded (and conversations and communications that are intended to result in the conclusion of transactions) when dealing on own account and the provision of client order services that relate to the reception, transmission and execution of client orders. However, ESMA wishes to clarify that, while the provision of investment advice is not subject to these obligations, conversations and communications that result or may result in the provision of the services mentioned above are, and by virtue of this, may include investment advice.“

⁶⁴ „Article 16(7) only requires the recording of communications in relation to the client order services mentioned above. However, the second subparagraph of Article 16(7) also requires those conversations and communications that are “intended to result in” the provision of these services to be recorded. In practice, other investment services like investment advice (paragraph (5) of Annex I, Section A) may be provided at the point when there is an intention to provide a client order services. In this case, the content of the advisory service would need to be recorded, as it would de facto be in scope of Article 16(7) of MiFID II.“

a tedy, že správní orgán nesprávně interpretuje Q&A a obsah povinnosti vyplývající z čl. 16 odst. 7 směrnice MiFID II, resp. ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, tedy nesprávně aplikuje eurokonformní výklad. Tyto pasáže, na rozdíl od odpovědi č. 13 Q&A, nejsou odpovědí na otázku, jaký je rozsah povinnosti nahrávání telefonických hovorů z hlediska investičních produktů a investičních služeb.

101. Správní orgán má za to, že jeho výklad není odlišný od výkladu ESMA. V souvislosti s odkazem na pasáž z odborné literatury uvedeném v odstavci 48 Vyjádření správní orgán uvádí, že v rámci poskytování investiční služby investiční poradenství a správy portfolia není vyloučeno, že při telefonickém hovoru se zákazníkem může dojít k situaci, která by vedla nebo mohla vést k přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka anebo k obchodování na vlastní účet, a v takovém případě existuje vždy povinnost takový telefonický hovor nahrát. Správní orgán tak nesouhlasí s tvrzením, že investiční poradenství je investiční službou, která ze své povahy nemůže směřovat k přijetí, předání nebo provedení pokynu nebo provedení obchodu na vlastní účet, a odkazuje na odpověď na dotaz č. 13 Q&A a odst. 96 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Správní orgán nikdy netvrdil, že se povinnost nahrávat telefonickou komunikaci vztahuje na jiné situace než na ty, které jsou uvedeny v § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, které ovšem zahrnují jak situace podle věty první citovaného ustanovení, tak i situace podle věty druhé citovaného ustanovení.

102. Správní orgán připouští, že výklad ESMA v rámci Q&A není právně závazný, přesto Q&A představují významný konvergenční nástroj, který ESMA přijala za účelem sjednocování dohledových přístupů v rámci dohledových orgánů členských států Evropské unie v oblasti aplikace MiFID II a MiFIR. Správní orgán při posuzování jednání účastníka řízení primárně vycházel z ustanovení § 17 odst. 2 ve znění účinném do 30.4.2020 ve spojení s § 17 odst. 1 ZPKT, nikoli ze stanovisek ESMA. V této souvislosti správní orgán uvádí, že v dokumentu „Soubor odpovědí na otázky související s novým režimem MiFID 2/ MiFIR“⁶⁵ je samostatně uveden „Názor ESMA“ a „Přístup České národní banky“.

d) Námitka, že výklad správního orgánu je v rozporu se systematickým výkladem ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020

103. Účastník řízení namítá, že výklad správního orgánu je nesystematický, když správní orgán uvádí, že (a) podle § 17 odst. 1 ZPKT má účastník řízení povinnost uchovávat záznamy týkající se investičních služeb a obchodů dostatečné k tomu, aby na jejich základě mohla ČNB sledovat dodržování požadavků podle ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího zneužívání trhu a přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího trhy finančních nástrojů, a že (b) ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 je transpozicí směrnice MiFID II, a je třeba ho vykládat ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020. Správní orgán tak dovozuje povinnost účastníka řízení nahrávat komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky (nad rámec § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020) týkající se investičních služeb a obchodů dostatečnou k tomu, aby na jejím základě mohl sledovat dodržování požadavků stanovených právními předpisy.

⁶⁵ Viz bod 3 „Rozsah nahrávané komunikace se zákazníky ve smyslu ustanovení čl. 16(7) MiFID II“ tohoto dokumentu zveřejněného na internetových stránkách <https://www.cnb.cz/cs/dohled-financni-trh/legislativni-zakladna/stanoviska-k-regulaci-financniho-trhu/RS2017-06/>.

104. Účastník řízení souhlasí s tím, že je zapotřebí ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 vykládat ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 téhož zákona ve shodném znění. Avšak současně se domnívá, že je zapotřebí důrazně rozlišovat mezi obecným ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 stanovujícím povinnost uchování záznamů („records“) a k němu speciálním ustanovením § 17 odst. 2 téhož zákona ve shodném znění stanovujícím povinnost pořizovat užší množinu záznamů telefonické komunikace v podobě nahrávek („recordings“), a to v případě komunikace se zákazníky ohledně investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka a potenciálního zákazníka. Povinnost zaznamenávat komunikaci se zákazníkem a potenciálním zákazníkem je tak stanovena v užší množině případů a má být splněna na rozdíl od požadavku obecného ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 pouze ve formě nahrávky.
105. Nelze proto přijmout výklad správního orgánu, který de facto rozšířil rozsah nahrávané telefonické komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky na rozsah obecného ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 a smazal tak rozdíly mezi zmíněnými ustanoveními. Takový výklad by byl v rozporu se systematikou ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 a činil by tak ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 obsoletním, jak uvádí i odborná literatura⁶⁶.
106. Správní orgán uvádí, že tato námitka není důvodná, neboť výklad správního orgánu **není v rozporu se systematikou** ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020. Správní orgán nedovozuje povinnost účastníka řízení nahrávat komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky nad rámec ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020.
107. Správní orgán uvádí, že ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 odkazuje na ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT a současně podle důvodové zprávy k zákonu č. 204/2017 Sb., který s účinností od 3.1.2018 implementoval čl. 16 odst. 7 první a druhý pododstavec MiFID II do ZPKT, je třeba ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 vnímat jako podrobné pravidlo ve vztahu k § 17 odst. 1 ZPKT. Je zřejmé, že též záznamy telefonických hovorů musí splňovat požadavky dané ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT, tedy musí být dostatečné k tomu, aby na jejich základě mohl správní orgán sledovat dodržování požadavků podle ZPKT, MAR a MiFIR, zejména zda obchodník s cennými papíry dodržuje své povinnosti vůči zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům a zda nenarušuje řádné fungování trhu.
108. Správní orgán rozlišuje mezi obecnou povinností vést záznamy týkající se investičních služeb a obchodů uvedenou v § 17 odst. 1 ZPKT a povinností pořizovat záznamy telefonické komunikace v podobě nahrávek v případech uvedených v § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020. Účastník řízení jako obchodník s cennými papíry byl přítom povinen plnit obě povinnosti současně.

⁶⁶ Účastník řízení uvádí citaci: „**právním základem** pro požadování nahrávání telefonických nebo elektronických komunikací jiných, nežli těch, které jsou uvedeny v odstavci 2, **bude poté obecná povinnost uchovávat záznamy a dokumenty při poskytování investičních služeb pro účely účinného dohledu jednotlivých národních regulátorů podle odstavce 1** komentovaného ustanovení. **Zdá se tedy, že přístup ČNB máze rozdíl** mezi povahou záznamů a dokumentů uchovávaných podle odstavce 1 a nahrávek uchovávaných dle odstavce 2 a ze samotného odstavce 2 **vytváří poněkud obsoletní ustanovení, které by bylo možné nahradit podzákonným předpisem upřesňujícím obsah a formát záznamů a dokumentů, přičemž jeden z formátů by byly i nahrávky.**“ (§ 17 [Uchovávaní dokumentů a záznamů]. In: BRYCHOVÁ, Helena a kol. Zákon o podnikání na kapitálovém trhu: Komentář. Praha: Nakladatelství Wolters Kluwer, [online]. Dostupné z: https://www.aspi.cz/products/lawText/13/191/1/2#pa_17)

109. Povinnost nahrávat telefonickou komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky se podle § 17 odst. 2 ve znění účinném do 30.4.2020 ve spojení s § 17 odst. 1 ZPKT vztahuje i na telefonické hovory, jejichž účelem bylo uzavření obchodu nebo poskytnutí investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo. V rámci poskytování investiční služby investiční poradenství a správy portfolia není vyloučeno, že při telefonickém hovoru se zákazníkem nebo potenciálním zákazníkem může dojít k situaci, která by vedla nebo mohla vést k přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka anebo k obchodování na vlastní účet. V takovém případě má účastník řízení vždy povinnost takový telefonický hovor nahrát. Současně bez existence nahrávky telefonického hovoru nelze zcela spolehlivě posoudit, zda účelem telefonického hovoru bylo nebo nebylo uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle § 17 odst. 2 ve znění účinném do 30.4.2020, pokud k poskytnutí této investiční služby nedošlo. Pořízení pouze záznamu komunikace se zákazníkem nebo potenciálním zákazníkem jinak, než přímým nahráním takového telefonického hovoru v rámci investičního poradenství, nelze bez dalšího považovat za dostatečný záznam ve smyslu ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT, a to z důvodu, že obchodník s cennými papíry není na jeho základě schopen sledovat dodržování požadavků podle ZPKT, MAR a MiFIR a nemůže bez něj věrohodně doložit soulad svých postupů s těmito předpisy. Takovým postupem by bez případných dalších souvisejících důkazů nebylo možné dosáhnout naplnění požadavku vést záznamy dostatečně na to, aby orgán dohledu mohl vykonávat úkoly v oblasti dohledu a provádět donucovací opatření. Ačkoliv tedy MiFID II ani ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 výslovně neukládají povinnost pořizovat nahrávky telefonických hovorů se zákazníkem a potenciálním zákazníkem v případě všech investičních služeb, byla v období od 3.1.2018 do 30.4.2020 taková nahrávka nutnou podmínkou řádného naplnění povinnosti dle § 17 odst. 1 ZPKT a povinnosti jednat obezřetně dle § 12 odst. 1 ZPKT.

e) Námitka, že výklad správního orgánu je v rozporu s nařízením GDPR

110. Účastník řízení namítá, že ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 představovalo pro něj a další subjekty na trhu, které mají povinnost řídit se relevantní právní úpravou, značnou právní nejistotu, a to zejména z důvodu rozdílného výkladu tohoto ustanovení ze strany správního orgánu a Úřadu na ochranu osobních údajů (dále též jen „ÚOOÚ“). O tom svědčí i závěrečná zpráva RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020, podle které „výklad ČNB nemá sílu zákona, mohou teoreticky vznikat konflikty ve vztahu k GDPR (není zde zákonná licence, měl by být udělen souhlas klienta)“ a podle které ÚOOÚ uvedl, že „[Variantu 2] považuje za změnu nevhodnou, neboť podle článku 5 odst. 1 písm. c) GDPR lze zpracovávat pouze účelné osobní údaje. Pokud MiFID II ukládá povinnost nahrávat pouze telefonní hovory či elektronickou komunikaci, která obsahuje nebo může obsahovat pokyny k obchodování, povinnost nahrávat veškeré telefonní hovory či elektronickou komunikaci je zjevně neúčelná. Úřad na ochranu osobních údajů k tomu uvádí, že „z MiFID II jasně vyplývá, že záznamy v podobě nahrávek telefonních hovorů či elektronické komunikace se vedou pouze v případě, že obsahují nebo mohou obsahovat pokyny k obchodování. Pokud tyto telefonní hovory či elektronická komunikace pokyny k obchodování (i negativní) neobsahuje, tyto záznamy nahrávky obsahovat nemusí a na základě článku 5 odst. 1 písm. c) GDPR ani nemají.““

111. Právní nejistotu spojenou s nařízením GDPR a zněním ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 lze vyčíst také z důvodové zprávy k nepřijaté novele k ZPKT ve znění účinném

do 30.4.2020⁶⁷, která uvádí: „Také se upřesňuje, že ze směrnice neplyne povinnost nahrávat i jiné hovory, což je důležité zejména z hlediska ochrany osobních údajů, kde toto způsobuje nejistotu.“

112. Účastníkovi řízení tak nelze klást k tíži absenci nahrávání telefonické komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky nad rámec stanovený zákonem, když správní orgán a ÚOOÚ měly rozdílný přístup k určení rozsahu povinně nahrávané telefonické komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky, což vedlo ke značné právní nejistotě účastníka řízení, a proto nemohl vyhovět dvěma rozporným výkladům správního orgánu a ÚOOÚ (kdy výklad ÚOOÚ respektuje vůli zákonodárce).
113. Správní orgán má za to, že výklad správního orgánu **není v rozporu s nařízením GDPR**, a námitku účastníka řízení, že mu nelze klást k tíži absenci nahrávání telefonické komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky nad rámec stanovený zákonem kvůli rozdílnému přístupu správního orgánu a ÚOOÚ k rozsahu povinného nahrávání, považuje správní orgán za spekulativní a účelovou, a to i vzhledem k tomu, že účastník řízení s nahráváním většiny telefonních linek začal již před zahájením Kontroly.
114. Účastník řízení rozpor výkladu správního orgánu s nařízením GDPR dokládá závěrečnou zprávou RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020. Správní orgán uvádí, že uvedená zpráva je ze dne 28.1.2019 a v rámci vládního návrhu zákona jako sněmovní tisk 398/0 byla poslancům rozeslána dne 12.2.2019. Není tedy zřejmé, co bylo příčinou „značné právní nejistoty“ účastníka řízení v období od 3.1.2018 do 20.11.2018, ve kterém je mu vytýkáno, že předmětnou povinnost neplnil. Správní orgán dále uvádí, že se ÚOOÚ v citované pasáži vyjadřuje pouze k navrhované variantě 2 právní úpravy nahrávání telefonických hovorů (nahrávání veškerých telefonických hovorů), tedy k právní úpravě ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020, a nijak nehodnotí stávající právní úpravu (variantu 0), tedy v tomto případě relevantní právní úpravu v ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, ani variantu 1 (upřesnění současné právní úpravy). Správnímu orgánu současně není známo, že by ÚOOÚ veřejně publikoval stanovisko týkající se ochrany osobních údajů ve vztahu k plnění povinnosti dle ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020. Dohled nad osobami působícími na finančním trhu, jehož prioritou je ochrana drobných klientů, vykonává správní orgán, který při výkonu dohledu (včetně dohledu v oblasti podnikání na kapitálovém trhu) posuzuje dodržování povinností uložených právními předpisy v oblasti obezřetnosti a odborné péče, přičemž zobečňuje vybraná zjištění a očekávání a uveřejňuje je ve formě úředních sdělení nebo odpovědí na časté dotazy. Tak tomu bylo i ohledně rozsahu nahrávané komunikace se zákazníky ve smyslu ustanovení čl. 16 odst. 7 MiFID II a dokumentu „Soubor odpovědí na otázky související s novým režimem MiFID 2/MiFIR“ zveřejněném na internetových stránkách správního orgánu v roce 2017 (stejně jako dokument Q&A)⁶⁸.
115. Pokud jde o samotné vyjádření ÚOOÚ citované v závěrečné zprávě RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020, na které účastník řízení poukazuje, správní orgán uvádí následující. Správní orgán v první řadě uvádí, že ÚOOÚ podle zákona č. 110/2019 Sb., o zpracování

⁶⁷ Konzultační materiály k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony. Dostupné z: <https://www.mfcr.cz/cs/soukromy-sektor/kapitalovy-trh/podnikani-na-kapitalovem-trhu/2018/zahajeni-meziresortniho-pripominkoveho-r-31808>.

⁶⁸ Původně na internetových stránkách <https://www.cnb.cz/cs/casto-kladene-dotazy/Soubor-odpovedi-na-otazky-souvisejici-s-novym-rezimem-MiFID-2---MiFIR/>, v době vydání tohoto rozhodnutí je dostupný na internetových stránkách <https://www.cnb.cz/cs/dohled-financi-trh/legislativni-zakladna/stanoviska-k-regulaci-financniho-trhu/RS2017-06/>.

osobních údajů, je ve vymezeném rozsahu ústředním správním úřadem pro oblast ochrany osobních údajů a jeho činnosti v této oblasti se vztahují především ke zpracování osobních údajů, pod jeho dohledovou pravomoc však primárně nespadá výklad ustanovení týkajících se rozsahu nahrávání telefonické komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky. Správní orgán se především neztotožňuje s názorem ÚOOÚ, že z MiFID II vyplývá povinnost vést záznamy v podobě nahrávek telefonních hovorů či elektronické komunikace „pouze v případě, že obsahují nebo mohou obsahovat pokyny k obchodování“ a „pokud tyto telefonní hovory či elektronická komunikace pokyny k obchodování (i negativní) neobsahuje, tyto záznamy nahrávky obsahovat nemusí a na základě článku 5 odst. 1 písm. c) GDPR ani nemají“. Správní orgán má za to, že množina (rozsah) povinně nahrávané telefonické komunikace je širší než jen pouhé podání pokynů (viz odst. 56 a 72 odůvodnění tohoto rozhodnutí). I tak lze z části citovaného názoru ÚOOÚ „nebo mohou obsahovat pokyny k obchodování“ dovodit, že i ÚOOÚ určitým způsobem reflektuje smysl čl. 16 odst. 7 pododstavce 2 MiFID II, podle něhož „mezi tyto telefonní hovory a elektronickou komunikaci patří i ty, jejichž účelem je uskutečnit obchody uzavírané při obchodování na vlastní účet nebo poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků, a to i v případě, že tyto hovory nebo komunikace k uzavření takových obchodů nebo poskytnutí služeb na pokyn zákazníků nevedou“, a tím také de facto připouští, že povinnost nahrávání telefonické komunikace se vztahuje nejen na tu část telefonické komunikace, ve které je pokyn zadán, ale na širší množinu komunikace, která s investičními službami, jež zahrnují operace s pokyny, jako je přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, souvisí.

116. Z tohoto pohledu pak není zjevně neúčelné, resp. není v rozporu s čl. 5 odst. 1 písm. c) nařízení GDPR⁶⁹ nahrávat telefonickou komunikaci např. v případě poskytování investiční služby investiční poradenství, pokud při takovém telefonickém hovoru dochází k situaci, která vede nebo by mohla vést k přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka anebo k obchodování na vlastní účet. V závěrečné zprávě RIA k ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 je přitom uvedeno, že: „Ve vztahu k nahrávání telefonických hovorů předkladatel upřednostnil zájem na ochraně drobných investorů a uložil subjektům na kapitálovém trhu nahrávat telefonické hovory v rozsahu větším než doposud. Vzhledem k tomu, že taková povinnost je uložena proto, aby samotný obchodník s cennými papíry i Česká národní banka, jakožto orgán dohledu, mohli účinně kontrolovat postup při poskytování investičních služeb zákazníkům, se jedná o úpravu nezbytnou a nutnou, tedy zásah do soukromí a dopad na ochranu osobních údajů považuje předkladatel za přiměřený a vhodný.“ Citované vyjádření ÚOOÚ také nereflektuje skutečnost, že z čl. 16 odst. 7 pododstavce prvního MiFID II vyplývá, že členské státy se mohou rozhodnout rozšířit požadavky na další služby MiFID II nebo služby a produkty jiné než ty, které upravuje MiFID II.

117. Správní orgán konstatuje, že čl. 16 odst. 7 MiFID II a jeho transpozice v ustanovení § 17 odst. 2 ve znění účinném do 30.4.2020 ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 nepožadují, aby byla nahrávána veškerá telefonická komunikace se zákazníky nebo potenciálními zákazníky, ale pouze taková telefonická komunikace, která souvisí s investičními službami, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka. V případech, kdy mezi zákazníkem a obchodníkem s cennými papíry nedochází ke komunikaci ohledně investiční služby, která zahrnuje přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, prostřednictvím telefonického hovoru, je obchodník s cennými papíry povinen ve vztahu

⁶⁹ Podle čl. 5 odst. 1 písm. c) nařízení GDPR osobní údaje musí být přiměřené, relevantní a omezené na nezbytný rozsah ve vztahu k účelu, pro který jsou zpracovávány („minimalizace údajů“).

k telefonním hovorům z hlediska ZPKT pouze zajistit a kontrolovat, že ke komunikaci ohledně investiční služby, která zahrnuje přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, prostřednictvím telefonického hovoru nedochází, a opatřit si dostatečné záznamy o jednání ve vztahu k poskytovaným investičním službám, např. podrobný písemný záznam z telefonického jednání se zákazníkem podepsaný zákazníkem, nebo zaslaný zákazníkovi elektronicky, aniž by ho zákazník v dohodnuté přiměřené lhůtě rozporoval. Pokud však povaha podnikání obchodníka s cennými papíry vyžaduje provádět se zákazníky větší množství telefonátů na různá témata, která zahrnují i povinně nahrávaná témata, je požadavek na nahrávání všech telefonátů přiměřený, vzhledem k požadavkům kladeným na vnitřní kontrolu a vzhledem k nutnosti prokázat efektivitu vnitřní kontroly. Skutečnost, že pro některé pracovníky účastníka řízení představuje činnost týkající se investičních služeb pouze dílčí a okrajovou část jejich pracovní náplně, nezbavuje účastníka řízení povinnosti dodržovat též v jejich případě požadavek vyplývající z ustanovení § 17 odst. 2 ve znění účinném do 30.4.2020 ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT.

f) Námitka, že postup správního orgánu je v rozporu se zásadou *nullum crimen, nulla poena sine lege*

118. Účastník řízení namítá, že správní orgán Příkazem uložil účastníkovi řízení sankci za porušení právní povinnosti, která není zákonem stanovena, čímž postupoval v rozporu se zásadou *nullum crimen, nulla poena sine lege*, která dle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu platí i pro oblast správního trestání⁷⁰. Podle účastníka řízení nelze extenzivním výkladem zákona dojít až k popření samotných základních ústavních principů, tj. účastníkovi řízení nesmí být stanovena povinnost, kterou zákon neukládá. Nadto vytýkané jednání bylo napraveno v souladu s Plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.

119. Správní orgán výše podrobně odůvodnil, že jeho výklad je v souladu se zákonem, a tak se v případě uložení sankce účastníkovi řízení nejedná o postup v rozporu se zásadou *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Skutečnost, že účastník řízení nedostatek napravil, nic nemění na tom, že v období od 3.1.2018 do 20.11.2018 systém uchování záznamů telefonických hovorů účastníka řízení nebyl v souladu s výše popsány zákonnými požadavky.

Závěr správního orgánu a právní kvalifikace

120. Správní orgán má s ohledem na výše uvedené za prokázané, že účastník řízení tím, že za období od 3.1.2018⁷¹ do 20.11.2018⁷² neuchoval veškeré záznamy telefonických hovorů se zákazníky nebo potenciálními zákazníky, týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, když v případě pracovních pozic investiční specialisté, Erste Premier a Erste Private banking v období od 3.1.2018 do 17.6.2018 a v případě pracovníků segmentů Mass market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) v období od 3.1.2018 do 20.11.2018 používal ke komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky rovněž nenahrávané

⁷⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.10.2004, čj. 6 A 126/2002-27, podle kterého musí také trestání za správní delikty podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12.6.2020, č. j. 5 As 190/2017-29.

⁷¹ Den nabytí účinnosti zákona č. 204/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

⁷² Den předcházející dni, od kterého účastník řízení zajistil nahrávání mobilních telefonních linek v segmentech Mass market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) prostřednictvím aplikace BeeMobile.

telefonní linky, porušil povinnost obchodníka s cennými papíry podle ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT, a tak se dopustil přestupku dle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022.

ad (ii) Nahrávání telefonických hovorů přes aplikaci BeeMobile

Právní úprava

121. Podle § 17 odst. 1 ZPKT⁷³ má obchodník s cennými papíry povinnost uchovávat záznamy týkající se investičních služeb a obchodů dostatečné k tomu, aby na jejich základě mohla Česká národní banka sledovat dodržování požadavků podle tohoto zákona, přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího zneužívání trhu a přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího trhy finančních nástrojů, zejména zda obchodník s cennými papíry dodržuje své povinnosti vůči zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům a zda nenarušuje řádné fungování trhu.
122. Podle § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 záznamy podle odstavce 1 zahrnují záznamy telefonických hovorů týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka. Tyto záznamy se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo.
123. Podle § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném od 1.5.2020 záznamy podle odstavce 1 zahrnují záznamy telefonických hovorů týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb poskytovaných zákazníkovi. Tyto záznamy se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo.
124. Podle § 17 odst. 4 ZPKT⁷⁴ obchodník s cennými papíry učiní veškeré přiměřené kroky k tomu, aby (a) zaznamenal příslušné telefonické hovory a elektronickou komunikaci učiněné, odeslané nebo přijaté s využitím zařízení, které zaměstnanci nebo dodavateli poskytl, nebo jehož použití zaměstnancem nebo dodavatelem umožnil nebo schválil, a (b) zabránil tomu, že zaměstnanec nebo dodavatel příslušné telefonické hovory nebo elektronickou komunikaci učiní, odešle nebo přijme s využitím soukromého zařízení, které obchodník s cennými papíry není schopen zaznamenat nebo kopírovat.
125. Nařízení 2017/565 v článcích 72 až 76 stanoví organizační požadavky ve vztahu k uchovávání záznamů podle čl. 16 odst. 6 a 7 MiFID II⁷⁵. Podle čl. 72 odst. 1 písm. c) Nařízení 2017/565 se záznamy uchovávají na nosiči dat, který umožní takové uložení informací, aby k nim měl příslušný orgán do budoucna přístup, a v takové formě a takovým způsobem, aby nebylo možné se záznamy jinak manipulovat nebo je

⁷³ Ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT se od 3.1.2018 do dne vydání tohoto rozhodnutí nezměnilo.

⁷⁴ Ustanovení § 17 odst. 4 ZPKT se od 3.1.2018 do dne vydání tohoto rozhodnutí nezměnilo. Je transpozicí třetího pododstavce čl. 16 odst. 7 směrnice MiFID II, který stanoví: „Pro tyto účely učiní investiční podnik veškeré přiměřené kroky k zaznamenání příslušných telefonických hovorů a elektronické komunikace, které se uskutečnily s pomocí zařízení, jež investiční podnik poskytl zaměstnanci nebo dodavateli nebo jehož použití zaměstnancem nebo dodavatelem investiční podnik akceptuje nebo povoluje, a které byly z takového zařízení odeslány nebo prostřednictvím takového zařízení přijaty“.

⁷⁵ Viz též ustanovení § 17 odst. 8 ZPKT.

pozměňovat. Je tedy striktně vyžadováno, aby obchodník s cennými papíry zajistil, že záznam komunikace se zákazníkem nebude modifikován.

126. Podle důvodové zprávy k zákonu č. 204/2017 Sb., který s účinností od 3.1.2018 implementoval MiFID II do ZPKT, je třeba ustanovení § 17 odst. 4 ZPKT vnímat jako podrobné pravidlo ve vztahu k § 17 odst. 1 téhož zákona. Odstavec 4 stanoví doplňující organizační požadavky, které směřují na přesné vymezení komunikačních prostředků, prostřednictvím nichž pracovníci obchodníka s cennými papíry komunikují se zákazníky. Zákonodárce přitom upřednostňuje, aby k relevantní telefonické nebo elektronické komunikaci byla používána zařízení, která pracovníkovi k tomuto účelu poskytl zaměstnavatel, tedy obchodník s cennými papíry. A naopak, obchodník s cennými papíry by měl učinit přiměřené kroky k tomu, aby zabránil svým pracovníkům, aby pro relevantní komunikaci využívali soukromá zařízení, u kterých není schopen tuto komunikaci zaznamenat nebo kopírovat.

127. Podle ustanovení § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022⁷⁶ se obchodník s cennými papíry dopustí přestupku tím, že neuchová záznamy podle § 17.

Skutková zjištění

128. Účastník řízení v rámci kontroly při pohovoru s kontrolujícími ohledně poskytování investičních služeb dne 27.2.2019⁷⁷ potvrdil, že hovory se zákazníky, které se týkají investičních služeb, je možné nahrát dvěma způsoby, kdy první způsob je kontinuální nahrávání všech hovorů, které se uskuteční na vybrané pevné či mobilní telefonní lince vybraných pracovních pozic, a druhý způsob je nahrávání mobilních telefonních linek pracovníků pobočkové sítě přes aplikaci BeeMobile.

129. Účastník řízení k druhému způsobu nahrávání uvedl, že „V segmentech MM, MA a MSE je rozhodnutí o zaznamenání telefonní komunikace s klientem v kompetenci pracovníka po ukončení telefonní komunikace s klientem“. Podle interního dokumentu Nahrávání hovorů BeeMobile, který účastník řízení předložil dne 10.5.2019, „tato funkce umožňuje nahrávat vybrané hovory, které jsou MiFID relevantní“⁷⁸. Tento dokument dále uvádí, že u vybraného telefonního čísla nejsou hovory primárně nahrávány, ale hovor, v rámci kterého se diskutovaly investiční služby, lze nahrát do 2 hodin od jeho uskutečnění⁷⁹. Tento způsob nahrávání hovorů využívají pracovníci na vybraných pozicích, převážně

⁷⁶ Zákonem č. 96/2022 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti finančního trhu zejména v souvislosti s implementací předpisů Evropské unie týkajících se unie kapitálových trhů, došlo k úpravě nebo odstranění některých přestupků obchodníka s cennými papíry, a tím i ke změně označení těchto přestupků, kdy předmětný přestupek v současnosti upravuje ustanovení § 164 odst. 1 písm. u) ZPKT.

⁷⁷ Viz záznam o poskytnutí informací ze dne 27.2.2019; soubor 20190227_023852_Záznam o poskytnutí informací_Komunikace_Informování.pdf ve složce 3_Nahrávky_Zápisy podsložce Záznamy o poskytnutí informací a soubor 20190227_023852_Komunikace_Informování_1.část.MP3 (čas 34:20 až 36:10) ve složce 3_Nahrávky_Zápisy podsložce Nahrávky na DVD 2, spis č.1. 8.

⁷⁸ Viz příloha Nahrávání hovorů BeeMobile souboru 14_3800.docx ve složce 2_Přijaté materiály a podsložce 2019_052050_z 10.5.2019_email_PS & IS & SMĚN_podklady_vyžádané 30.4.2019 a 14 na DVD 1, spis č.1. 7.

⁷⁹ Konkrétně uvádí: „Hovor lze nahrát/označovat do 2 hodin od jeho uskutečnění, resp. od jeho propsání v Historii volání“. Pracovníci účastníka řízení na pohovorech s kontrolujícími nicméně uvedli, že hovory lze uložit i po delší době, dokonce i v rámci daného pracovního dne. Viz záznamy o poskytnutí informací ze dne 16.4.2019 a 23.4.2019; soubor 20190416_045503_Záznam o poskytnutí informací_Komunikace_Informování_pobočka Kladno osobní banker.pdf a 20190423_045584_Záznam o poskytnutí informací_Komunikace_Informování_pobočka Praha osobní bankéř.pdf ve složce 3_Nahrávky_Zápisy a podsložce Záznamy o poskytnutí informací a soubor 20190416_045503_Komunikace_Informování_pobočka Kladno osob.bankéř.MP3 (čas 23:00 až 24:47) a 20190423_045584_Komunikace_Informování_pobočka Praha osobní bankéř.MP3 (čas 12:55 až 14:15) ve složce 3_Nahrávky_Zápisy a podsložce Nahrávky na DVD 2, spis č.1. 8.

osobní bankéř a firemní poradce. Seznam pracovních pozic, které mají nahrávání hovorů prostřednictvím aplikace BeeMobile, účastník řízení stanovil v interním dokumentu⁸⁰.

130. Ke konkrétním příkladům hovorů, které je relevantní nahrávat, účastník řízení ve vyjádření ze dne 10.5.2019⁸¹ uvedl, že: „*Konkrétní příklady hovorů nejsou v předpisech záměrně uvedeny, protože je velmi těžké explicitně určit okruh témat, které mohou skončit poskytnutím investiční služby*“, přesto však poskytl správnímu orgánu interní dokument⁸², který uvádí příklady relevantních a nerelevantních témat hovorů k archivaci.
131. Správní orgán konstatuje, že způsob nahrávání (zaznamenávání) telefonických hovorů prostřednictvím aplikace BeeMobile nespĺňuje požadavky na uchovávání záznamů, vzhledem k tomu, že nahrání a uchování příslušné komunikace není v moci účastníka řízení, ale záleží pouze na rozhodnutí daného pracovníka, zda určitý hovor se zákazníkem uloží nebo ne, a účastník řízení nemá možnost rozhodnutí tohoto pracovníka přímo ovlivnit. Dané řešení, resp. nastavení aplikace BeeMobile tak nevylučuje možnost nenahrát a neuchovat komunikaci ohledně investičních služeb, která by podle ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 nahrána a uchována být měla. Takto vytvářený soubor záznamů není v souladu s čl. 72 odst. 1 písm. c) Nařízení 2017/565, které stanoví, že záznamy musí být pořizovány a uloženy způsobem, kdy s nimi není možné manipulovat nebo je pozměňovat.
132. Způsob využívání mobilních telefonů v rámci komunikace se zákazníky o investičních službách a nahrávání hovorů se zákazníky, které se týkají investičních služeb, popisuje ESMA v dokumentu Q&A, kapitole 3, odpovědi na otázku č. 10⁸³. Podle názoru ESMA je obchodník s cennými papíry povinen bez ohledu na okolnosti podniknout všechny přiměřené kroky, aby zabránil příslušným osobám uskutečňovat, odesílat nebo přijímat relevantní hovory a elektronické komunikace na zařízeních, která nedokáží zaznamenat komunikaci. Obchodník s cennými papíry je také povinen zavést a udržovat efektivní záznamové zařízení, které mimo jiné nedovolí, např. aby odpovědná osoba mohla záznamy sama smazat. Tyto požadavky se týkají také mobilních telefonů. Z uvedeného je zřejmé, že aplikace BeeMobile nespĺňuje základní požadavky ESMA na uchování komunikace týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka.
133. Pracovníci účastníka řízení ze segmentu Mass Market, osobní bankovníctví (Mass Affluent) a MSE na pohovorech vedených na pobočkách účastníka řízení kontrolujícím potvrdili, že mají kompetence zprostředkovat zákazníkům nákup nebo prodej vybraných investičních nástrojů a dále, že se zákazníci jsou v kontaktu mj. i prostřednictvím mobilních telefonních linek. Vybrané hovory se zákazníky, týkající se investičních služeb, jsou ručně nahrávány pracovníky účastníka řízení.

⁸⁰ Viz příloha *Seznam pracovních pozic, které budou souboru 14_3800.docx* ve složce *2_Přijaté_materiály* a podsložce *2019_052050_z 10.5.2019_email_PS & IS & SMĚN_podklady vyžádané 30.4.2019 a 14* na DVD 1, spis č.l. 7.

⁸¹ Viz soubor *14_3800.docx* ve složce *2_Přijaté_materiály* a podsložce *2019_052050_z 10.5.2019_email_PS & IS & SMĚN_podklady vyžádané 30.4.2019 a 14* na DVD 1, spis č.l. 7.

⁸² Viz příloha *Příklady relevantních a nerelevantních témat hovorů* souboru *14_3800.docx* ve složce *2_Přijaté_materiály* a podsložce *2019_052050_z 10.5.2019_email_PS & IS & SMĚN_podklady vyžádané 30.4.2019 a 14* na DVD 1, spis č.l. 7.

⁸³ Poslední aktualizace této odpovědi k 10.10.2016; poslední verze dokumentu ESMA je ze dne 19.11.2021.

Viz <https://www.esma.europa.eu/document/qas-mifid-ii-and-mifir-investor-protection-topics>.

134. Správní orgán konstatuje, že v případě, kdy je čistě v moci pracovníka účastníka řízení, zda určitý hovor uchová či nikoliv, přičemž účastník řízení nemá možnost rozhodnutí svého pracovníka v praxi jakkoliv ovlivnit, nelze daný model uchovávání komunikace považovat za vhodný a přiměřený jeho účelu. Současně obchodní model účastníka řízení, kdy investiční služby tvoří pouze malou část pracovní náplně zmiňovaných pracovníků, nelze považovat bez dalšího za odůvodnění k takovému nastavení systému, který může vést k porušování zákonné povinnosti v případě uchovávání hovorů týkajících se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka.
135. Správní orgán dne 7.10.2020 obdržel od účastníka řízení čtvrtletní informaci o plnění Plánu nápravných opatření přijatých ke zjištěním uvedeným v Protokolu o kontrole⁸⁴, které bylo ověřeno interním auditem účastníka řízení a podle kterého bylo k 15.7.2020 splněno opatření k nápravě týkající se výše uvedeného nedostatku (bod 2.2.4 Protokolu o kontrole): „*Ve spolupráci s útvarem A840 IT technologie a provoz nastavit proces kontinuálního nahrávání veškeré telefonní komunikace uskutečňované zaměstnanci na obchodních pozicích poskytujících investiční služby v segmentech Mass Market, Mass Affluent a MSE bez možnosti rozhodnutí uživatele o archivaci/nearchivaci komunikace v souladu s § 17 odst. 4 písm. a) ZPKT ve spojení s čl. 72 odst. 1 písm. c) Nařízení 2017/565*“⁸⁵.

Námítky účastníka řízení

136. Účastník řízení namítá, že povinnost pracovníků v segmentech Mass Market, Mass Affluent a MSE komunikovat se zákazníkem a potenciálním zákazníkem za účelem uzavření obchodu s investičními nástroji nebo poskytnutí investiční služby skrze nahrávané linky byla v období od 21.11.2018 do 14.7.2020 stanovena jeho vnitřními předpisy⁸⁶ a současně byli tito pracovníci s funkcionalitou nahrávání prostřednictvím BeeMobile seznámeni prostřednictvím oznámení na intranetu, když přílohou daného oznámení byl i manuál k BeeMobile obsahující postup pro nahrávání hovorů. Pokud konkrétní pracovník nepostupoval v souladu s vnitřním předpisem účastníka řízení, jednalo se o jeho individuální pochybení, za které nemůže být účastník řízení odpovědný.
137. V rámci období od 21.11.2018 do 14.7.2020 pak byla zavedena povinnost nahrávat hovory prostřednictvím BeeMobile i pro pracovníky v segmentech Mass Market, Mass Affluent a MSE. V této souvislosti účastník řízení namítá, že s klienty těchto segmentů nebyla primárně vedena telefonní komunikace za účelem uzavření obchodu s investičními nástroji nebo poskytnutí investiční služby, a proto pro naprostou většinu telefonické komunikace uskutečněné pracovníky těchto segmentů nebyla stanovena povinnost jejího uchování dle § 17 odst. 2 ZPKT.
138. Naopak, záznamy této komunikace podléhají přísné regulaci v oblasti ochrany osobních údajů v souladu s nařízením GDPR. Podle čl. 6 odst. 1 písm. c) nařízení GDPR účastník řízení neměl zákonnou licenci k uchování nahrávané komunikace a v souladu s čl. 17 nařízení GDPR byl povinen po naplnění účelu záznamu této komunikace tyto záznamy

⁸⁴ V souladu s výsledkem posouzení Plánu nápravných opatření a výzvou ČNB k pravidelnému předkládání přehledů plnění Plánu nápravných opatření ze dne 4.2.2020, č.j. 2020/019683/CNB/580.

⁸⁵ Viz soubor *Příloha_202010_Čtvrtletní informace o plnění plánu nápravných opatření S-Sp-2018_00046_CNB_589.pdf* ve složce *7_Plnění plánu opatření* a podsložce *Plnění NO 3Q 2020* na DVD 2, spis č.l. 8.

⁸⁶ Jedná se o předpisy 3103_00_01R Investiční služby - Mass Market, 33103_00_02R, Investiční služby - Osobní bankovníctví, 33103_00_05R Investiční služby – MSE a 3103_00_04R Investiční služby - Erste Premier a Erste Private Banking.

zlikvidovat. Takový postup je, a v období od 21.11.2018 do 14.7.2020 byl, v souladu s výkladem ÚOOÚ.

139. Z těchto důvodů proto rozhodnutí o uchování záznamů komunikace se zákazníkem a potenciálním zákazníkem vedené za účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby v období od 21.11.2018 do 14.7.2020 bylo v kompetenci příslušného pracovníka, který tuto komunikaci se zákazníkem a potenciálním zákazníkem vedl, přičemž tento postup byl zcela přiměřený a v souladu se zákonem.
140. Nadto účastník řízení po upozornění správního orgánu, že uvedený postup spočívající v nahrávání hovorů prostřednictvím aplikace BeeMobile není dle jeho názoru dostatečný, neprodleně učinil veškeré kroky a nastavil proces kontinuálního nahrávání veškeré telefonické komunikace uskutečňované pracovníky v segmentech Mass Market, Mass Affluent a MSE bez možnosti těchto pracovníků rozhodnout o (ne)uchování záznamů této komunikace. Účastník řízení vytýkané jednání napravil v souladu s Plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.

Hodnocení správního orgánu

141. Správní orgán považuje námitky účastníka řízení za nedůvodné. Z právní úpravy ZPKT účinné v období od 3.1.2018 do 30.4.2020, konkrétně z ustanovení § 17 odst. 2 ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1, vyplývá, že v případě, kdy je přes telefonní linky vedena komunikace týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, má být taková komunikace nahrána, a to i v případě potenciálních zákazníků. Účastník řízení tedy v uvedeném období měl povinnost nahrávat komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky ohledně investičních služeb, která vedla nebo mohla vést k zadání pokynu, i když k zadání pokynu následně nedošlo. V období od 1.5.2020 do 14.7.2020 pak měl účastník řízení na základě právní úpravy ZPKT účinné od 1.5.2020 povinnost nahrávat veškerou komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky ohledně investičních služeb.
142. Účastník řízení potvrdil v rámci Kontroly a rovněž z uložených nahrávek⁸⁷ ze systému BeeMobile předložených v rámci Kontroly je zřejmé, že komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky ohledně investičních služeb je, byť v malé míře, u pracovníků segmentů Mass Market, Mass Affluent a MSE uskutečňována. Účastník řízení rovněž ve Vyjádření [odst. 68 písm. b)] připouští, že pro určitou část telefonické komunikace pracovníků uvedených segmentů je stanovena povinnost jejího uchování dle § 17 odst. 2 ZPKT. Účastník řízení tedy měl a má povinnost nahrávat komunikaci týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, se zákazníky nebo potenciálními zákazníky i v případě pracovníků segmentů Mass Market, Mass Affluent a MSE, ačkoliv tyto pracovníci primárně se zákazníky a potenciálními zákazníky nevedou komunikaci za účelem uzavření obchodu s investičními nástroji. Skutečnost, že pro některé pracovníky účastníka řízení představuje činnost týkající se

⁸⁷ Dne 28.2.2019 účastník řízení předložil vybrané nahrávky, mj. i 29 nahrávek ze systému BeeMobile. Z 10 nahrávek (z celkového počtu 29) vyplynulo, že tématem hovorů byly investiční služby. Viz soubory 20181207_0929_+420605811468_602225845, 20181207_1017_724422699_00420723841672, 20181207_1026_602345887_00420608451885, 20181207_1039_735769468_956772950, 20181207_1041_602225845_00420724185421, 20181207_1125_735769687_00420725348746, 20181207_1142_+420606190641_724422308, 20181207_1321_724422699_00420607951313, 20181207_1325_735763051_+420731047005, 20181207_1446_724601063_00420603198694 v podsložce *Mobily – uživatel ukládá nahrávku*, ve složce 2_ *Přijaté materiály* a podsložce 2019_027799_z 28.2.2019_DVD_IS_nahrávky hovorů a *MOBILY.zip* na DVD 1, spis č.l. 7.

investičních služeb pouze dílčí a okrajovou část jejich pracovní náplně, nezabývá účastníka řízení povinností dodržovat též v jejich případě požadavek vyplývající z ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT.

143. Skutečnost, že účastník řízení měl v předmětném období ve vnitřních předpisech pro pracovníky segmentů Mass Market, MSE a osobní bankovníctví stanovenou povinnost komunikovat se zákazníkem a potenciálním zákazníkem za účelem uzavření obchodu s investičními nástroji nebo poskytnutí investiční služby skrze nahrávané linky⁸⁸ a tito pracovníci mohli být s funkcionalitou nahrávání prostřednictvím aplikace BeeMobile seznámeni prostřednictvím oznámení na intranetu, nic nemění na tom, že účastník řízení stanovil pro pracovní pozice těchto segmentů nahrávání telefonních hovorů prostřednictvím aplikace BeeMobile, jejíž nastavení umožňovalo těmto pracovníkům učinit samostatné rozhodnutí, zda určitý hovor uchovají či nikoliv, přičemž účastník řízení neměl možnost rozhodnutí svého pracovníka v praxi jakkoliv ovlivnit, a tedy zajistit plnění povinnosti vyplývající z ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT. Takový systém uchovávání nahrávek telefonických hovorů není v souladu s organizačními požadavky na uchování komunikace podle ustanovení § 17 odst. 4 písm. a) ZPKT a čl. 72 odst. 1 písm. c) Nařízení 2017/565, přičemž bylo povinností účastníka řízení v rámci svého řídicího a kontrolního systému učinit veškeré přiměřené kroky k tomu, aby zajistil zaznamenání příslušné telefonické komunikace učiněné s využitím zařízení, které zaměstnanci poskytli, a uchování nahrávek v takové formě a takovým způsobem, aby s nimi nebylo možné ze strany zaměstnanců, popř. dalších osob jinak manipulovat nebo je pozměňovat. Účastník řízení se tak nemůže zprostit odpovědnosti za nevhodné nastavení systému uchovávání nahrávek a obchodního modelu poukazem na případné individuální pochybení svého zaměstnance, který nepostupoval v souladu s vnitřními předpisy účastníka řízení.
144. Vzhledem k výše uvedenému není případná námitka účastníka řízení, že neměl podle nařízení GDPR zákonnou licenci k uchování nahrávané komunikace a byl povinen po naplnění účelu záznamu této komunikace tyto záznamy zlikvidovat. Pokud jde o námitku, že postup účastníka řízení v období od 21.11.2018 do 14.7.2020 byl v souladu s výkladem ÚOOÚ, správní orgán odkazuje na odstavec 114 a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
145. Jak vyplývá z výše citované právní úpravy, měl účastník řízení nejpozději k 3.1.2018 zajistit nahrávání veškeré komunikace se zákazníky, týkající se investiční služby, která souvisí s přijímáním, předáváním a prováděním pokynů zákazníků, tedy včetně komunikace, která vede k uzavření pokynu, včetně indikace zájmu zákazníka, nabídky, vyjednávání ohledně investičních nástrojů a jejich cen či žádostí o sdělení ceny investičního nástroje. Vzhledem k tomu, že rovněž pracovníci výše uvedených segmentů byli oprávněni přijmout pokyn od zákazníka ve smyslu § 4 odst. 2 písm. a) ZPKT, je zřejmé, že se povinnost nahrávání telefonních hovorů plně vztahovala i na ně. Účastník řízení tak měl v souladu s dohledovým přístupem správního orgánu, autentickým výkladem ESMA a odpovídajícím compliance přístupem založeným na riziku včas zajistit

⁸⁸ Např. bod 5.4.2. předpisu 3103_00_01R Investiční služby - Mass Market: „*Telefonní hovory, v rámci kterých je poskytována investiční služba, a které vedou, nebo mohou vést k obchodům s investičními nástroji, musí být vedeny pouze z nahrávaných telefonních linek. Povinností zaměstnance OM je před zahájením rozhovoru si ověřit skutečnost, že telefonní linka, která bude použita pro poskytnutí investiční služby, je bankou zaznamenávána a záznam hovoru je bankou archivován. Pokud telefonní linka zaznamenávána není, nelze službu poskytnout. Před poskytnutím služby prostřednictvím telefonní komunikace je povinností zaměstnance OM informovat klienta o tom, že hovory a veškerá komunikace s klientem jsou zaznamenávány.*“

nahrávání telefonních linek všech dotčených pracovníků způsobem, který by vyloučil možnost nenahrát komunikaci ohledně investičních služeb, která by dle ZPKT nahrána být měla.

146. Správní orgán dále nad rámec uvedeného konstatuje, že plnění povinnosti vyplývající z § 17 odst. 2 ZPKT ve spojení s § 17 odst. 1 ZPKT se nelze zprostit s odkazem na technickou náročnost nebo zvýšené náklady spojené s plněním zákonné povinnosti.
147. Skutečnost, že účastník řízení nedostatek napravil, nic nemění na tom, že v období od 21.11.2018 do 14.7.2020 systém uchování záznamů telefonických hovorů účastníka řízení nebyl v souladu s výše popsány mi zákonnými požadavky. Správní orgán vzal na vědomí, že účastník řízení přijal opatření k nápravě, kterým by uvedené pochybení měl do budoucna eliminovat, což bude ovšem možné ověřit až následným výkonem dohledu v této oblasti. Přijetí opatření k nápravě však nemůže zcela vést k zániku delikt ní odpovědnosti účastníka řízení, ale bylo k němu přihlédnuto jako k polehčující okolnosti při stanovení výše sankce.

Závěr správního orgánu a právní kvalifikace

148. **Správní orgán má s ohledem na výše uvedené za prokázané, že účastník řízení nezajistil v případě mobilních telefonních linek přidělených pracovníkům segmentů Mass Market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) v období od 21.11.2018⁸⁹ do 14.7.2020⁹⁰ takový systém uchování záznamů telefonických hovorů, který by znemožňoval se záznamy jinak manipulovat nebo je pozměňovat, když používal k nahrávání telefonických hovorů uskutečněných z těchto linek aplikaci BeeMobile, jejíž nastavení umožňovalo těmto pracovníkům účastníka řízení rozhodnout, zda uskutečněný telefonický hovor se zákazníkem nebo potenciálním zákazníkem zaznamenají a uchovají či nikoliv, porušil povinnost obchodníka s cennými papíry podle ustanovení § 17 odst. 4 písm. a) ZPKT ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 a 2 ZPKT a čl. 72 odst. 1 písm. c) Nařízení 2017/565, a tak se dopustil přestupku dle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022.**

ad (iii) Nezpracování povinnosti pořizovat záznamy z jednání do vnitřního předpisu

Právní úprava

149. Podle § 12 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022 k zajištění řádného a obezřetného výkonu činnosti obchodník s cennými papíry, pokud mu nebyla Českou národní bankou udělena výjimka podle čl. 7 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 575/2013, zavede, udržuje a uplatňuje řídicí a kontrolní systém, a to způsobem, který je ku prospěchu stabilitě a fungování trhu a zájmům jeho zákazníků.
150. Podle § 12a odst. 1 písm. e) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022 řídicí a kontrolní systém obchodníka s cennými papíry zahrnuje řádné administrativní a účetní postupy.
151. Podle § 12a odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022 řídicí a kontrolní systém obchodníka s cennými papíry musí být účinný, ucelený a přiměřený povaze, rozsahu a

⁸⁹ Den, od kterého účastník řízení dle svého vyjádření zajistil nahrávání mobilních telefonních linek pracovníků segmentů Mass Market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) prostřednictvím aplikace BeeMobile.

⁹⁰ Den, předcházející dni, ve kterém dle vyjádření účastníka řízení bylo splněno opatření k nápravě týkající se nedostatku popsaného v bodě 2.2.4. Protokolu o kontrole.

složitosti rizik spojených s modelem podnikání a činností obchodníka s cennými papíry v jeho celku i částech.

152. Podle § 10 odst. 1 Vyhlášky 163/2014 Sb. má povinná osoba (účastník řízení) povinnost zajistit, že požadavky stanovené na řídicí a kontrolní systém a jeho součásti a postupy povinné osoby k jejich splnění a při výkonu dalších činností jsou promítnuty do vnitřních předpisů povinné osoby.
153. Podle § 10 odst. 3 písm. a) bodu 1 Vyhlášky 163/2014 pro účely plnění předpokladu řádné správy a řízení prostřednictvím uplatňování řádných postupů povinná osoba (účastník řízení) vždy dodržuje při své činnosti a zapracuje do vnitřních předpisů právní povinnosti.
154. Podle § 17 odst. 1 ZPKT má obchodník s cennými papíry povinnost uchovávat záznamy týkající se investičních služeb a obchodů dostatečné k tomu, aby na jejich základě mohla Česká národní banka sledovat dodržování požadavků podle tohoto zákona, přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího zneužívání trhu a přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího trhy finančních nástrojů, zejména zda obchodník s cennými papíry dodržuje své povinnosti vůči zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům a zda nenarušuje řádné fungování trhu.
155. Podle § 17 odst. 5 ZPKT obchodník s cennými papíry uchovává záznamy podle odstavce 1 alespoň po dobu 5 let; to platí i pro osobu, jejíž povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry bylo odejmuto nebo zaniklo, jakož i pro jejího právního nástupce, včetně insolvenčního správce a likvidátora. Česká národní banka může v odůvodněných případech rozhodnout, že obchodník s cennými papíry záznamy podle odstavce 1 uchovává až po dobu 7 let.
156. Podle § 164 odst. 1 písm. e) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022⁹¹ se obchodník s cennými papíry dopustí přestupku tím, že nezajistí, aby jeho řídicí a kontrolní systém splňoval požadavky stanovené v § 12a odst. 1 nebo 2.

Skutková zjištění

157. Z výše citovaných ustanovení vyplývá, že účastník řízení jako obchodník s cennými papíry k 21.11.2018, k 22.11.2018 a k 13.1.2019 měl povinnost uchovávat záznamy komunikace se zákazníkem, týkající se poskytnuté investiční služby, a záznamy komunikace s potenciálním zákazníkem, které zahrnují rovněž písemné záznamy z osobních jednání se zákazníkem či potenciálním zákazníkem, a to nejméně po dobu 5 let.
158. Správní orgán z vyjádření účastníka řízení ze dne 11.6.2019⁹² zjistil, že v divizi 3700 - Finanční trhy a finanční instituce, byla povinnost vést záznamy z osobních schůzek se zákazníky a potenciálními zákazníky, ohledně investičních služeb, zavedena rozhodnutím příslušných ředitelů odborů, resp. manažerů⁹³ až koncem roku 2018, resp. začátkem roku

⁹¹ Zákonem č. 96/2022 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti finančního trhu zejména v souvislosti s implementací předpisů Evropské unie týkajících se unie kapitálových trhů, s účinností od 29.5.2022, došlo k úpravě nebo odstranění některých přestupků obchodníka s cennými papíry, a tím i ke změně označení těchto přestupků, kdy obdobný přestupek v současnosti upravuje ustanovení § 164 odst. 1 písm. d) ZPKT.

⁹² Viz soubor *04_3700_doplnění_vyjádření.pdf* ve složce *2_Přijaté_materiály* a podsložce *2019_067430_z_11.6.2019_email_DEP & IS_podklady_vyžádané_28.5. a 31.5.2019* a *Investiční služby* na DVD 1, spis č.l. 7.

⁹³ Viz emaily obsažené v příloze s názvem *Příloha_01_zaznamy_z_jednani_doplnen* v souboru *ČNB_28.5.2019.docx* ve složce *2_Přijaté_materiály* a podsložce *2019_065909_z_5.6.2019_email_IS_podklady_vyžádané_28.5.2019* na DVD 1, spis č.l. 7.

2019. Účastník řízení konkrétně na žádost správního orgánu ze dne 7.6.2019⁹⁴ o doplnění odpovědi účastníka řízení ze dne 5.6.2019⁹⁵ ohledně informací k bodu 4. žádosti správního orgánu ze dne 28.5.2019⁹⁶ „Uvedení konkrétního dne, a zaslání dokumentu který to nařizuje, od kdy je stanovená povinnost vést záznamy ze schůzek se zákazníky, ohledně investičních služeb (např. interní dokument který dokládá zavedení této povinnosti pro pracovníky, kteří poskytují investiční služby nebo vnitřní předpis či interní směrnice, která zmíněný postup nařizuje).“ ve vyjádření ze dne 11.6.2019 uvedl:

„K uvedenému požadavku Vám sdělujeme, že povinnost vést záznamy ze schůzek byla v útvaru 3700 zavedena ve formě rozhodnutí manažerů příslušných útvarů formou e-mailové komunikace příslušným zaměstnancům poskytujícím investiční služby, a to:

- rozhodnutí manažera útvaru 3710 ze dne 21.11.2018, s účinností od 22.11.2018,
- rozhodnutí manažera útvaru 3720 ze dne 14.1.2019,
- rozhodnutí manažera útvaru 3730 ze dne 23.11.2018.

Příslušné dokumenty Vám již byly předány (např. dne 12.2.2019).“

159. Z předložených rozhodnutí manažerů vyplývá, že přede dnem 22.11.2018 pro pracovníky útvaru 3710 - Obchody treasury pro firemní klienty, přede dnem 23.11.2018 pro pracovníky útvaru 3730 – Správa aktiv pro institucionální klienty a přede dnem 14.1.2019 pro pracovníky útvaru 3720 – Obchody na kapitálových trzích pro institucionální klienty nebyla tato povinnost ve vnitřním předpise účastníka řízení stanovena.

Námítky účastníka řízení

160. Účastník řízení namítá, že dle jeho vnitřních předpisů pracovníci v útvarech 3710 – Obchody treasury pro firemní klienty, 3720 – Obchody na kapitálových trzích a 3730 – Správa aktiv pro institucionální klienty „pověření výkonem činností souvisejících s poskytováním služeb OCP a vstupující v jednání se zákazníky jsou povinni: dodržovat ustanovení zákonů upravujících činnost ČS a poskytování investičních služeb (zejména ZPKT a další), ustanovení daná regulátory trhu (ČNB, BCPP - vyhlášky, pravidla a metodiky), pracovní postupy dle platných předpisů ČS a své pracovní povinnosti.“⁹⁷ Pracovníci útvaru 3700 tedy měli vnitřními předpisy stanovenou povinnost mimo jiné dodržovat ustanovení § 17 odst. 3 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020⁹⁸ společně s čl. 76 odst. 9 Nařízení 2017/565, která se týkají povinnosti a způsobu zaznamenání komunikace

⁹⁴ Viz soubor *Re Žádost o doplnění informací k bodu 4 zasláném dne 5.6.2019.msg* ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_067430_z 11.6.2019_email_DEP & IS_podklady vyžádané 28.5. a 31.5.2019* a *_Originály emailů* na DVD 1, spis č.l. 7.

⁹⁵ Viz soubor *Re Žádost o předložení podkladů v rámci kontroly na místě.msg* a *ČNB_28.5.2019.docx* ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_065909_z 5.6.2019_email_IS_podklady vyžádané 28.5.2019* na DVD 1, spis č.l. 7.

⁹⁶ Viz soubor *68_odchozí [redacted]_žádost o předložení podkladů_IS.msg* ve složce *1_Korespondence* a podsložce *Průběžná e-mailová komunikace s bankou_včetně výzev* na DVD 1, spis č.l. 7.

⁹⁷ Čl. 2 směrnice „Jednání zaměstnanců České spořitelny, a.s., se zákazníky při poskytování investičních služeb (RR_3000_30_01R.XML)“ ve spojení s čl. 4 směrnice „Pravidla pro uzavírání obchodů v útvaru 3700 - Finanční trhy - obchodování, prodej a finanční instituce (RR_3000_10_22R.xml)“. Viz soubory *3000_30_01R_20180131.pdf* a *3000_10_22R_20180122.pdf* ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_011252_z 25.1.2019_DVD_FDL a 4* na DVD 1, spis č.l. 7.

⁹⁸ Podle ustanovení § 17 odst. 3 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 i ve znění účinném od 1.5.2020: „Zákazníci mohou své pokyny sdělovat jinými prostředky, tato komunikace však musí být zachycena na trvalém nosiči dat, jako jsou listovní zásilky, fax, elektronická pošta nebo dokumentace pokynů zákazníků pořizovaná na jednáních. Pořízením písemného zápisu nebo zprávy může být zejména zaznamenán obsah příslušných osobních hovorů se zákazníkem. Tyto pokyny se považují za rovnocenné telefonickým příkazům.“

se zákazníky a potenciálními zákazníky týkající se pokynů prostřednictvím osobní schůzky, tedy povinnost k vyhotovení záznamů z jednání. Účastník řízení tak měl ve vnitřních předpisech stanovenou povinnost k vyhotovení záznamů z jednání (byť ne výslovně), přičemž také pracovníci útvaru 3700 tyto záznamy z jednání řádně pořizovali i před formálním upřesněním této povinnosti rozhodnutími manažerů příslušných útvarů.

161. Účastník řízení dále namítá, že vytykané jednání bylo napraveno v souladu s Plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.

Hodnocení správního orgánu

162. Správní orgán považuje námitky účastníka řízení za nedůvodné. Z výše citované právní úpravy vyplývá povinnost účastníka řízení zavést v rámci svého řídicího a kontrolního systému **řádné administrativní postupy**, přičemž pro účely plnění předpokladu **řádné správy a řízení** prostřednictvím uplatňování **řádných postupů** má účastník řízení vždy dodržovat při své činnosti a zpracovat do svých vnitřních předpisů právní povinnosti a současně zajistit, aby požadavky stanovené na řídicí a kontrolní systém a jeho součásti a postupy účastníka řízení k jejich splnění a **při výkonu dalších činností** byly promítnuty do vnitřních předpisů účastníka řízení. Účastník řízení je také povinen zajistit, aby řídicí a kontrolní systém byl účinný, ucelený a přiměřený povaze, rozsahu a složitosti rizik spojených s modelem podnikání a činností účastníka řízení v jeho celku i částech.

163. S ohledem na povahu, rozsah a složitost rizik spojených s modelem podnikání a činností účastníka řízení a s ohledem na zcela zásadní význam povinnosti pořizovat a uchovávat záznamy z jednání týkajících se investičních služeb a obchodů se zákazníky a potenciálními zákazníky pro kontrolu, zda účastník řízení dodržuje své povinnosti vůči zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům podle ZPKT, MAR a MiFIR, je zřejmé, že stanovením zcela obecné povinnosti „*dodržovat ustanovení zákonů upravujících činnost ČS a poskytování investičních služeb (zejména ZPKT a další), ustanovení daná regulátory trhu (ČNB, BCPP - vyhlášky, pravidla a metodiky) pracovní postupy dle platných předpisů ČS a své pracovní povinnosti*“ ve vnitřním předpise účastníka řízení nemohl naplnit požadavky na řádné, resp. podrobné zpracování takto významné právní povinnosti do svých vnitřních předpisů, a to zejména z hlediska postupů účastníka řízení při výkonu dalších činností.

164. Skutečnost, že se v případě výše uvedených rozhodnutí manažerů příslušných útvarů nejednalo o pouhé formální upřesnění této povinnosti, dokládá např. text rozhodnutí manažera útvaru 3710: „*jak jsem již avizoval, platná regulace nám ukládá pořizovat zápisy z osobních jednání s klientem*“ a „*Z výše uvedeného pro nás vyplývá, kromě jednoznačné povinnosti záznam pořizovat, rovněž povinnost jej koncipovat tak, aby bylo zřejmé, že je autentický právě pro konkrétní jednání, dále jej zaslat v nejkratším možném termínu po konání schůzky s požadavkem na alespoň implicitní validaci. S platností od 22/11/2018 jste proto povinni dodržet následující: (-) z každého osobního jednání s klientem, z něhož by mohlo vyplynout poskytnutí finanční služby v rozsahu služeb zajišťovaných 3710 učinit záznam (zápis) dle k tomuto e-mailu přiloženéhomusteru; (-) vyhotovit tento záznam, podepsat a naskenovaný ve formátu pdf zaslat klientovi e-mailem nejpozději do 3 pracovních dnů po předmětném jednání (jednáte-li v pondělí, zápis musí odejít nejpozději ve čtvrtek); (-) zápis vždy vyhotovujete vy a to i v případě, že jednání byl přítomen RSM. Pokud se s RSM dohodnete, že by rád vámi připravený záznam zakomponoval do svého záznamu, je to možné, nicméně pro všechny lhůty a validaci musí platit zde popsany režim; (-) zápis zasíláte ve výše uvedeném termínu na e-mailovou adresu klienta, v kopii*

do schránky midofficu mifid@csas.cz; Pokud se dohodnete s RSM, že záznam zašle on (s tím, že záznam za vaši oblast je součástí širšího záznamu) musí tak učinit ve zde uvedeném termínu a to e-mailem v kopii na vás a na schránku midofficu mifid@csas.cz; (-) jakoukoliv reakci klienta na zasláný záznam musí dealer přeposlat na adresu mifid@csas.cz“ a dále „Musím vás upozornit, že v souvislosti s tímto opatřením bude probíhat pravidelná interní kontrola vašich zápisů proti schůzkám s klienty.“ a „Je pravděpodobné, že technicky celou proceduru v budoucnosti pojmeme jinak, nicméně v tuto chvíli nemůžeme čekat“. Dále viz též Pozn. 1 v textu rozhodnutí manažera útvaru 3730: „V praxi je tedy na schůzce s klientem dobré ho upozornit, že mu zítra přijde i VR, a že je to v souladu s regulatorikou MiFID2, která se výkladově ještě více zpřísnila, nebo tak něco (kdyby se ptal, proč jsme to neposílali už od ledna do teď)“. Detailní vzor záznamu z jednání s klientem je pak přílohou všech předmětných rozhodnutí.

165. Skutečnost, že účastník řízení nedostatek napravil, nic nemění na tom, že k 21.11.2018, k 22.11.2018 a k 13.1.2019 nedisponoval řádnými administrativními postupy v oblasti uchování záznamů komunikace se zákazníkem, týkající se investičních služeb, a záznamů komunikace s potenciálním zákazníkem. Správní orgán uvádí, že vzal na vědomí, že účastník řízení přijal opatření k nápravě, kterým by uvedené pochybení měl do budoucna eliminovat, což bude ovšem možné ověřit až následným výkonem dohledu v této oblasti. Přijetí opatření k nápravě však nemůže zcela vést k zániku deliktů odpovědnosti účastníka řízení, ale bylo k němu přihlédnuto jako k polehčující okolnosti při stanovení výše sankce.

Závěr správního orgánu a právní kvalifikace

166. Správní orgán má s ohledem na výše uvedené za prokázané, že účastník řízení tím, že nezajistil, aby jeho řídicí a kontrolní systém zahrnoval řádné administrativní postupy v oblasti uchování záznamů komunikace se zákazníkem, týkající se investičních služeb, a záznamů komunikace s potenciálním zákazníkem, když k 21.11.2018⁹⁹ v případě útvaru 3710 – Obchody treasury pro firemní klienty, k 22.11.2018¹⁰⁰ v případě útvaru 3730 – Správa aktiv pro institucionální klienty a k 13.1.2019¹⁰¹ v případě útvaru 3720 – Obchody na kapitálových trzích pro institucionální klienty do svých vnitřních předpisů nezpracoval povinnost pracovníků těchto útvarů pořizovat a uchovávat záznamy z osobních jednání se zákazníky týkající se investičních služeb a záznamy z osobních jednání s potenciálními zákazníky, porušil povinnost obchodníka s cennými papíry podle ustanovení § 12a odst. 1 písm. e) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022 ve spojení s § 10 odst. 3 písm. a) bod 1. Vyhlášky 163/2014, a dopustil se tak přestupku podle § 164 odst. 1 písm. e) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022.

⁹⁹ Den předcházející dni, ve kterém nabylo účinnosti rozhodnutí manažera (ředitele) útvaru 3710 stanovící pracovníkům tohoto útvaru povinnost vést záznamy z osobních schůzek se zákazníky a potenciálními zákazníky ohledně investičních služeb.

¹⁰⁰ Den předcházející dni, ve kterém nabylo účinnosti rozhodnutí manažera (ředitele) útvaru 3730 stanovící pracovníkům tohoto útvaru povinnost vést záznamy z osobních schůzek se zákazníky a potenciálními zákazníky ohledně investičních služeb.

¹⁰¹ Den předcházející dni, ve kterém nabylo účinnosti rozhodnutí manažera (ředitele) útvaru 3720 stanovící pracovníkům tohoto útvaru povinnost vést záznamy z osobních schůzek se zákazníky a potenciálními zákazníky ohledně investičních služeb.

ad (iv) Plnění kontrolních povinností depozitáře

Právní úprava

167. Podle ustanovení § 73 odst. 1 ZISIF v rámci činnosti depozitáře fondu kolektivního investování depozitář kontroluje, zda v souladu s tímto zákonem, přímo použitelným předpisem Evropské unie v oblasti obhospodařování investičních fondů, statutem fondu kolektivního investování a ujednáními depozitářské smlouvy (a) byly vydávány a odkupovány podílové listy nebo investiční akcie, (b) byla vypočítávána aktuální hodnota podílového listu nebo investiční akcie, (c) byl oceňován majetek a dluhy tohoto fondu, (d) byla vyplácena protiplnění z obchodů s majetkem tohoto fondu v obvyklých lhůtách, (e) jsou používány výnosy plynoucí pro tento fond, (f) jsou prováděny příkazy obhospodařovatele směřující k nabytí nebo zcizení věcí v majetku tohoto fondu, přičemž postačí, jestliže depozitář kontroluje, jak byly tyto příkazy provedeny, je-li pro tento způsob kontroly důvod zvláštního zřetele hodný; jak byly příkazy provedeny, kontroluje depozitář dále, jde-li o příkazy týkající se 1. obchodu v hodnotě nepřevyšující částku 500 000 Kč a souhrnnou denní hodnotu odpovídající 0,1 % hodnoty majetku tohoto fondu, 2. obchodu uzavřeného na trhu uvedeném v § 3 odst. 1 písm. a) nařízení vlády upravujícího investování investičních fondů a techniky k jejich obhospodařování, nebo 3. obchodu s cenným papírem nebo zaknihovaným cenným papírem vydaným fondem kolektivního investování nebo srovnatelným zahraničním investičním fondem.
168. Podle ustanovení § 73 odst. 4 ZISIF ve znění účinném do 30.4.2020¹⁰² způsob plnění povinností uvedených v odstavci 1 depozitářem fondu kolektivního investování vymezují články 92 až 97 nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 231/2013¹⁰³ (nařízení AIFMR), a přímo použitelný předpis Evropské unie, kterým se provádí směrnice Evropského parlamentu a Rady upravující koordinaci předpisů v oblasti kolektivního investování ve vztahu k depozitářům standardních fondů¹⁰⁴ (nařízení UCITS V).
169. Podle článku 92 odst. 2 nařízení AIFMR při plnění povinností dohledu podle čl. 21 odst. 9 směrnice 2011/61/EU¹⁰⁵ (dále jen „**směrnice AIFMD**“) provádí depozitář kontroly ex post a ověření postupů a procedur, za něž odpovídá správce, alternativní investiční fond nebo ustanovená třetí strana. Depozitář za všech okolností zajistí, že existují vhodné postupy ověření a sesouhlasení, které jsou zavedeny, používány a často přehodnocovány. Správce zajistí, aby všechny pokyny týkající se aktiv a operací alternativního investičního fondu byly zaslány depozitáři, aby mohl provést svůj vlastní postup ověření či sesouhlasení.

¹⁰² Ve znění tohoto ustanovení účinného od 1.5.2020 došlo oproti znění účinnému do 30.4.2020 k nahrazení slov „nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 231/2013“ slovy „přímo použitelného předpisu Evropské unie, kterým se provádí směrnice Evropského parlamentu a Rady upravující správce alternativních investičních fondů“, což je v obou případech tentýž právní předpis - nařízení AIFMR. K obsahové změně tohoto ustanovení tak novelizací provedenou zákonem č. 119/2020 Sb. nedošlo.

¹⁰³ Nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 231/2013 ze dne 19.12.2012, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/61/EU, pokud jde o výjimky, obecné podmínky provozování činnosti, depozitáře, pákový efekt, transparentnost a dohled, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁴ Nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 2016/438 ze dne 17. prosince 2015, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/65/ES, pokud jde o povinnosti depozitářů.

¹⁰⁵ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/61/EU ze dne 8. června 2011 o správcích alternativních investičních fondů a o změně směrnic 2003/41/ES a 2009/65/ES a nařízení (ES) č. 1060/2009 a (EU) č. 1095/2010.

170. Podle článku 3 odst. 2 nařízení UCITS V při plnění povinností v oblasti dohledu podle čl. 22 odst. 3 směrnice 2009/65/ES¹⁰⁶ (dále jen „**směrnice UCITS V**“) provádí depozitář kontroly *ex post* a ověření procesů a postupů, za něž zodpovídá správcovská společnost nebo investiční společnost či ustanovená třetí osoba. Depozitář za všech okolností zajistí, že existují vhodné postupy ověření a sesouhlasení, které jsou zavedeny, používány a často přehodnocovány. Správcovská společnost nebo investiční společnost zajistí, aby všechny pokyny týkající se aktiv a operací SKIPCP¹⁰⁷ byly zaslány depozitáři, aby ten mohl provést svůj vlastní postup ověření či sesouhlasení.
171. Podle ustanovení § 612 odst. 1 písm. n) ZISIF¹⁰⁸ se depozitář investičního fondu dopustí přestupku tím, že neprovede kontrolu podle § 73 odst. 1 nebo 3.

Skutková zjištění

172. Kontrola nastavení interních procesů investiční společnosti či investičního fondu ze strany depozitáře je základním předpokladem výkonu funkce depozitáře, neboť bez znalosti těchto procesů nemůže depozitář zavést a uplatňovat adekvátní kontrolní postupy ve vztahu ke konkrétnímu obhospodařovateli, respektive konkrétnímu investičnímu fondu, a efektivně řídit svá rizika. Navazujícím krokem je pak průběžné ověřování funkčnosti a věrohodnosti procesů investiční společnosti či investičního fondu a jeho vnitřní organizace, identifikace případných změn těchto procesů, neboť depozitář je povinen jím aplikované kontrolní postupy pravidelně přehodnocovat a v případě potřeby aktualizovat. Ověřování postupů a procesů má depozitář provádět v oblastech činnosti investiční společnosti, které spadají pod jeho kontrolu, tj. těch, které jsou uvedeny zejména v § 73 odst. 1 ZISIF – vydávání a odkupování cenných papírů investičním fondem; stanovování NAV¹⁰⁹; oceňování majetku a dluhů; vyplácení protiplnění z obchodů s majetkem fondu; používání výnosů; provádění příkazů investiční společnosti.
173. Správní orgán ze sdělení účastníka řízení při kontrolním pohovoru dne 14.2.2019 zjistil¹¹⁰, že účastník řízení s výjimkou oblasti oceňování, neprovádí zpětně prokazatelným způsobem systematickou kontrolu procesů investičních společností či samosprávných investičních fondů v ostatních oblastech spadajících do působnosti depozitáře za účelem prověřování správnosti (vhodnosti) nastavených postupů a získání informací o faktickém způsobu jejich fungování (ani v rámci vnitřních předpisů účastníka řízení není upraven předepsaný způsob provádění kontroly procesů investiční společnosti či investičního fondu¹¹¹). Účastník řízení za tímto účelem zásadně až na výjimky¹¹² nedisponuje kopiemi

¹⁰⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/65/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (SKIPCP).

¹⁰⁷ Subjekty kolektivního investování do převoditelných cenných papírů.

¹⁰⁸ Ustanovení § 612 odst. 1 písm. n) ZISIF se od 14.2.2019 do dne vydání tohoto rozhodnutí nezměnilo.

¹⁰⁹ Aktuální hodnota podílového listu nebo investiční akcie (Net Asset Value).

¹¹⁰ Viz Záznam o poskytnutí informací ze dne 14.2.2019; soubor 20190214_020114_Záznam o poskytnutí informací depozitář úvodní schůzka.mp3 (č.j. 2019/020114/CNB/580), čas od 1:32:36, ve složce 3_Nahrávky_Zápisy a podsložce Záznamy o poskytnutí informací na DVD 2, spis č.l. 8.

¹¹¹ Viz kapitola 3.1 Protokolu o kontrole; soubor 2019_073932_CNB_580 CS - protokol o kontrole.pdf ve složce 4_Protokol na DVD 2, spis č.l. 8.

¹¹² S výjimkou interních předpisů jednotlivých investičních společností a investičních fondů v oblasti oceňování, jejichž přehled účastník řízení předložil dne 2.4.2019. Jedná se o Amista investiční společnost, a.s., AVANT investiční společnost, a.s., Conseq Funds investiční společnost, a.s., DELTA investiční společnost, a.s., EAM/REICO, Erste Asset Management GmbH, pobočka Česká republika, REICO investiční společnost České spořitelny, a.s., INVESTIKA, investiční společnost, a.s., QI investiční společnost, a.s., REDSIDE investiční společnost, a.s., Sirius Investments, investiční fond s proměnným základním kapitálem, a.s., KB Penzijní společnost, a.s., Conseq penzijní společnost, a.s., NN Penzijní společnost, a.s., CODYA investiční společnost,

relevantních vnitřních předpisů a metodik obhospodařovatelů či třetích osob, nevyužívá institut pravidelných dohlídek na místě u obhospodařovatele či třetích osob, ani jiné dostupné nástroje (např. dotazníkové šetření apod.).

Námítky účastníka řízení

174. Účastník řízení namítá, že ustanovení čl. 92 nařízení AIFMR a čl. 3 nařízení UCITS V jsou, jak vyplývá z nadpisu těchto článků, ustanoveními obecnými. Recitály mající výkladový charakter k těmto obecným ustanovením k povinnosti kontroly dodržování příslušných právních a správních předpisů, statutu a základacích dokumentů, ze které správní orgán dovozuje povinnost prověřování postupů a procesů obhospodařovatele, specifikují, byť demonstrativním výčtem, kontrolní činnosti jako kontrolu souladu investic se strategiemi fondu ve statutu a nabídkových dokumentech fondu, kontrolu dodržování případných investičních omezení, sledování transakcí a vyšetření jakékoli nezvyklé transakce.
175. S výkladem uvedeným v recitálu (109) nařízení AIFMR a recitálu (7) nařízení UCITS V korespondují i bližší postupy depozitáře při výkonu kontrol podle § 73 odst. 1 ZISIF, které jsou pak specifikovány v čl. 93 až 97 nařízení AIFMR a čl. 4 až 8 nařízení UCITS V. Aby byl depozitář schopen provádět kontroly podle uvedených článků nařízení AIFMR a nařízení UCITS V, je povinen vytvořit vhodné postupy ověření a sesouhlasení postupu obhospodařovatele v kontrolovaných oblastech, což ukládá čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR, resp. čl. 3 odst. 2 nařízení UCITS V. Tyto postupy je pak povinen revidovat s ohledem na činnost obhospodařovatele či fondu, aby bylo zřejmé, že jsou stále pro provádění kontroly dostačující.
176. Pokud jde o kontrolu existence a používání postupů obhospodařovatele, požadují její provádění depozitářem právní předpisy pouze: (a) v oblasti upisování a vyplácení jednotek fondu (čl. 93 odst. 1 nařízení AIFMR, resp. čl. 4 odst. 1 nařízení UCITS V) a (b) v oblasti oceňování aktiv fondu (čl. 94 odst. 1 nařízení AIFMR, resp. čl. 5 odst. 1 nařízení UCITS V), jiné články pak již od depozitáře nepožadují, aby kontroloval, zda má obhospodařovatel vytvořeny vhodné postupy a procedury.
177. Právní úprava tak pouze požaduje, aby depozitář: (a) v případě provádění příkazů obhospodařovatele ověřil, že tyto příkazy jsou v souladu s právními předpisy a statutem fondu, a především, zda dodržuje své investiční limity (čl. 95 nařízení AIFMR, resp. čl. 6 nařízení UCITS V), (b) vytvořil postup ke zjištění situací, kdy nebylo poskytnuto protiplnění z obchodů s majetkem fondu v obvyklé lhůtě (čl. 96 nařízení AIFMR, resp. čl. 7 nařízení UCITS V) a (c) prováděl kontrolu souladu rozdělování příjmů fondu v souladu s právními předpisy a statutem fondu (čl. 97 nařízení AIFMR, resp. čl. 8 nařízení UCITS V).
178. Z výše uvedeného je patrné, že kontrolu procesů a postupů obhospodařovatele legislativa požaduje pouze v případě upisování a vyplácení jednotek a oceňování aktiv fondu. Pokud by zákonodárce požadoval, aby depozitář prováděl kontrolu procesů a postupů obhospodařovatele i v případě čl. 95 až 97 nařízení AIFMR, resp. čl. 6 až 8 nařízení UCITS V, tuto skutečnost by explicitně vyjádřil, stejně jako to učinil v čl. 93 a 94 nařízení AIFMR, resp. čl. 4 a 5 nařízení UCITS V.

a.s., a RSJ CUSTODY s.r.o.; soubor *Přehled směrnic.xls* přijatý dne 2.4.2019 (č.j. 2019/037651/CNB/580, bod 14) ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_037651_z 2.4.2019_CD_DEP_podklady vyžádané 25.3.2019_bod 1 až 16 a 14 – OK* na DVD 1, spis č.l. 7.

179. Správní orgán v oblasti oceňování aktiv fondu potvrdil, že depozitář provádí odpovídající kontroly adekvátním způsobem. Účastník řízení se proto domnívá, že tak činí i v oblasti upisování a vyplacení jednotek fondu. Obhospodařovatel postupy a procedury upisování a vyplacení jednotek specifikuje ve statutu každého fondu. Tento obsahuje pravidla, za jakých podmínek jsou investorovi připsány jednotky fondu a v jakých lhůtách, jaká jsou spojena s držením jednotek práva, jakým způsobem a v jakých lhůtách má investor podat žádost o vystoupení z fondu, stejně jako pravidla pro stanovení výše výplaty za odkoupené jednotky a lhůty pro její výplatu. Depozitář pak po předložení statutu fondu obhospodařovatelem ověří, zda uvedená pravidla a postupy nejsou v rozporu s právními předpisy a dále jak jsou tyto postupy v praxi naplňovány.
180. V návaznosti na výše uvedené účastník řízení nesouhlasí s extenzivním výkladem správního orgánu ustanovení § 73 odst. 1 ZISIF ve spojení s čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR, resp. čl. 3 odst. 2 nařízení UCITS V, který není uplatňován v žádné ze zahraničních zemí, v nichž působí skupina Erste. Účastník řízení se tak domnívá, že nastavení investičních postupů a procesů je plně v kompetenci obhospodařovatele a kontrola tohoto nastavení je předmětem posouzení ze strany správního orgánu. Případný zásah do investičních procesů ze strany depozitáře by měl být vnímán jako narušení neslučitelnosti výkonu činností obhospodařovatele a depozitáře.
181. Účastník řízení dále uvádí, že výše uvedený požadavek na kontrolu postupů a procedur je aplikovatelný pouze na fondy kolektivního investování a fondy kvalifikovaných investorů, jejichž obhospodařovatel je oprávněn přesáhnout rozhodný limit. Pro fondy tzv. podlimitních obhospodařovatelů se odkaz na čl. 92 nařízení AIFMR neaplikuje, přičemž ZISIF požadavek na kontrolu postupů a procedur obhospodařovatele depozitáři neukládá.
182. Účastník řízení též namítá, že vytýkané jednání bylo napraveno v souladu s Plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.

Hodnocení správního orgánu

183. Správní orgán považuje námitky účastníka řízení za neopodstatněné. Správní orgán má především za to, že recitál (109) nařízení AIFMR a recitál (7) nařízení UCITS V se nevztahují k obecným ustanovením čl. 92 nařízení AIFMR a čl. 3 nařízení UCITS V, ale k čl. 95, popř. čl. 96 nařízení AIFMR a čl. 6, popř. čl. 7 nařízení UCITS V, zatímco k čl. 92 nařízení AIFMR se vztahuje recitál (106) nařízení AIFMR: *„Aby bylo zajištěno, že je depozitář schopen vykonávat své povinnosti, je nezbytné vyjasnit úkoly stanovené v čl. 21 odst. 9 směrnice 2011/61/EU, a zejména kontroly druhé úrovně, které má depozitář provádět. Takové úkoly by depozitáři neměly bránit v provádění ověřování ex ante, pokud to považuje za vhodné a po dohodě se správcem. Aby bylo zajištěno, že je schopen vykonávat své povinnosti, měl by depozitář zavést svůj vlastní postup eskalace pro řešení situací, v nichž byly zjištěny nesrovnalosti. Tento postup by měl zajistit, aby bylo příslušným orgánům oznámeno jakékoli podstatné porušení. Povinností dohledu depozitáře vůči třetím osobám specifikovanou v tomto nařízení nejsou dotčeny povinnosti správce podle směrnice 2011/61/EU.“* a k čl. 3 nařízení UCITS V se vztahuje recitál 4 nařízení UCITS V: *„Aby bylo zajištěno, že depozitář je schopen plnit své povinnosti, je nezbytné vyjasnit úkoly stanovené v čl. 22 odst. 3 směrnice 2009/65/ES, a zejména kontroly druhé úrovně, které má depozitář provádět. Takové úkoly by neměly depozitáři bránit v provádění ověřování ex ante po dohodě se SKIPCP, pokud to považuje za vhodné. Aby bylo zajištěno, že depozitář je schopen plnit své povinnosti, měl by zavést svůj vlastní*

postup eskalace pro řešení situací, kdy byly zjištěny rozpory. Tento postup by měl zajistit, aby bylo příslušným orgánům oznámeno jakékoli podstatné porušení. Povinnosti depozitáře v oblasti dohledu na třetí osoby by neměly být dotčeny povinnostmi uloženými SKIPCP podle směrnice 2009/65/ES.“. Tento názor spíše koresponduje se systematickou a obsahem recitálů (106) až (110) a článků 92 až 97 nařízení AIFMR, resp. recitálů (4) až (8) a článků 3 až 8 nařízení UCITS V. I kdyby se účastníkem řízení zmiňované recitály vztahovaly k čl. 92 nařízení AIFMR a čl. 3 nařízení UCITS V, jedná se, jak připouští účastník řízení, o výčet příkladný, neboť povinnosti dohledu (kontrolní povinnosti) depozitáře se neomezují jen na povinnosti týkající se plnění pokynů správce a povinnosti týkající se včasného vypořádání transakcí.

184. V každém případě ustanovení čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR, resp. čl. 3 odst. 2 nařízení UCITS V ukládají depozitáři povinnost provádět kontroly a ověření postupů a procedur aplikovaných investiční společností či samosprávným investičním fondem v oblastech spadajících do kontrolní působnosti depozitáře vymezené v čl. 21 odst. 9 směrnice AIFMD, resp. čl. 22 odst. 3 směrnice UCITS V. V případě existence obecné právní povinnosti je subjekt, na který se tato povinnost vztahuje, povinen ji dodržovat, přičemž způsob naplnění této povinnosti musí být takový, aby směřoval k dosažení účelu, který právní norma sleduje. V některých případech právní předpisy mohou k obecným právním povinnostem stanovit konkrétní podmínky jejich naplnění. Pokud k provedení obecné povinnosti (např. týkající se vydávání a odkupování cenných papírů anebo oceňování) existují podrobnější ustanovení, jedná se o minimální standard, jakým tyto povinnosti naplnit. Existence podrobnějších ustanovení upravujících provádění vybraných kontrolních činností depozitáře v určitých oblastech však neznamená, že z obecné povinnosti depozitáře provádět ověřování postupů a procedur obhospodařovatele či fondu jsou ostatní oblasti spadající do kontrolní sféry depozitáře vyloučeny.
185. Ustanovení čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR, resp. čl. 3 odst. 2 nařízení UCITS V, výslovně stanoví, že prověřování postupů a procedur má být prováděno jako nezbytná součást výkonu kontrolních povinností depozitáře vymezených v čl. 21 odst. 9 směrnice AIFMD, resp. čl. 22 odst. 3 směrnice UCITS V. Požadavky kladené těmito evropskými předpisy se pak promítají do národní legislativy prostřednictvím povinností stanovených v § 73 ZISIF, resp. § 83 ZISIF, který na § 73 ZISIF odkazuje. Ustanovení § 73 ZISIF vyjmenovává s ohledem na požadavky čl. 21 odst. 9 směrnice AIFMD, resp. čl. 22 odst. 3 směrnice UCITS V, jednotlivé oblasti kontrolní činnosti depozitáře, jejichž nedílnou součástí by měla být podle požadavku citovaných evropských nařízení i kontrola a ověřování postupů a procedur aplikovaných investiční společností či samosprávným investičním fondem. K ustanovení § 73 ZISIF ostatně i důvodová zpráva blíže uvádí, že veškeré kontrolní povinnosti v tomto ustanovení uvedené (tj. nejenom kontrola vydávání a odkupování cenných papírů investičního fondu a oceňování) zahrnují kontrolu postupů obhospodařovatele nebo administrátora, nikoliv pouze kontrolu samotného výsledku.
186. V obecné rovině správní orgán uvádí, že kontrola procesů ze strany depozitáře v oblastech působnosti depozitáře k naplnění požadavků § 73 ZISIF, resp. § 83 téhož zákona probíhá ve třech stupních (hierarchicky uspořádaných). Jednak je základním předpokladem výkonu funkce depozitáře pro konkrétní fond, resp. jeho správce, kdy nejprve na základě prvotního vyhodnocení rizik spojených s povahou, rozsahem a složitostí strategie investičního fondu a organizace investiční společnosti nebo samosprávného investičního fondu vypracuje depozitář postupy dohledu, jež jsou vhodné pro daný fond a aktiva, do nichž fond investuje, a tyto postupy pak zavede a uplatní. Bez znalosti procesů investiční společnosti či samosprávného investičního fondu nemůže depozitář efektivně

řídít svá rizika. Navazujícím krokem je průběžné ověřování funkčnosti a věrohodnosti aplikovaných procesů, jakožto předpokladu, na kterém je výkon funkce depozitáře založen, což koresponduje i s výkladem povinností stanovených výše uvedenými ustanoveními nařízení AIFMR a nařízení UCITS V, ke kterému dospěl účastník řízení v odst. 84 Vyjádření („*Tyto postupy je pak povinen revidovat s ohledem na činnost obhospodařovatele/fondu, aby bylo zřejmé, že jsou stále pro provádění kontroly dostačující*“¹¹³). Třetím stupněm depozitářské kontroly je pak kontrola konkrétního výsledku činnosti investiční společnosti či samosprávného investičního fondu. Správní orgán současně uvádí, že povinnosti vyplývající z národní a evropské legislativy musí depozitář naplňovat řádně a odborně a je ponecháno na něm, aby si nastavil konkrétní procesy a postupy, které mu naplnění těchto povinností umožní při zohlednění principu proporcionality.

187. V oblasti vydávání a odkupování cenných papírů investičních fondů se činnost účastníka řízení omezuje na průběžnou komunikaci s obhospodařovatelem či administrátorem, v rámci níž provádí kontrolu vydávání a odkupování cenných papírů při výkonu kontroly stanovení NAV. Správní orgán zjistil, že účastník řízení nevykonává zpětně prokazatelným způsobem systematickou kontrolu procesů v oblasti vydávání a odkupování cenných papírů za účelem prověřování správnosti nastavených postupů investičních společností či samosprávných investičních fondů. Za dostatečnou kontrolu procesů v oblasti vydávání a odkupování cenných papírů investičních fondů nelze považovat postup popsáný účastníkem řízení v odst. 88 Vyjádření (viz odst. 180 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Kontrola, zda probíhá vydávání a odkupování cenných papírů v souladu se statutem fondu je pouze dílčí složkou depozitářské kontroly spočívající v ověření funkčnosti nastavených procesů, ale nemůže být vydávána za reprezentativní kontrolu celkového nastavení procesů na straně investiční společnosti či samosprávného investičního fondu. Depozitář by si v rámci prověřování procesů a postupů měl získat dostatek informací, aby se přesvědčil o funkčnosti a věrohodnosti procesů investiční společnosti či samosprávného investičního fondu, a tedy, že i informace jimi předkládané jsou vhodnými (spolehlivými) a dostatečnými podklady pro potřeby kontrolních činností depozitáře. Odpovídající míru prověření nelze pouhou kontrolou statutů dosáhnout.

188. Ke kontrolním povinnostem účastníka řízení ve vztahu k plnění pokynů správce se mimo jiné váže ustanovení čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR, podle kterého depozitář alespoň vypracuje a zavede vhodné postupy k ověření, že alternativní investiční fond a správce jednají v souladu s platnými právními a správními předpisy a se statutem a zakládacími dokumenty fondu. Podle čl. 6 písm. a) nařízení UCITS V depozitář stanoví a uplatňuje vhodné postupy k ověření, že pokyny správcovské společnosti nebo investiční společnosti jsou v souladu s platnými právními a správními předpisy a se statutem a zakládacími dokumenty fondu. V obou případech tedy musí depozitář mimo jiné ověřit, zda pokyny obhospodařovatele jsou v souladu s právními předpisy a statutem fondu, přičemž zmíněná nařízení umožňují, aby depozitář neposuzoval tento soulad u každého jednotlivého pokynu, ale aby patřičného ujištění dosáhl na úrovni nastavení procesů obhospodařovatele, jejichž výsledkem tyto pokyny jsou, a následně se za pomoci vybraných kontrolních postupů ujišťoval o funkčnosti těchto procesů.

189. Kontrola souladu pokynu obhospodařovatele s právními předpisy a statutem fondu se ovšem neomezuje na kontrolu dodržování investičních limitů, jak dovozuje účastník řízení

¹¹³ Viz odst. 175 poslední věta odůvodnění tohoto rozhodnutí.

v odst. 86 písm. a) Vyjádření (viz odst. 177 písm. a) odůvodnění tohoto rozhodnutí) a posouzení přípustnosti aktiv, ale zahrnuje i kontrolu podmínek, za nichž jsou pokyny obhospodařovatele prováděny v širším kontextu. Jenom tak je možné ověřit, že obhospodařovatel při obhospodařování investičního fondu dodržuje základní princip regulace v této oblasti, kterým je provádění činnosti s odbornou péčí. Tento princip, zakotvený v § 18 ZISIF, se dále propisuje do statutů fondů, ať už přímo, nebo prostřednictvím úpravy konkrétních povinností obhospodařovatele.

190. Sám účastník řízení odkazuje na recitály uvedených nařízení, podle nichž má depozitář např. kontrolovat, zda jsou investice investičního fondu v souladu s jeho investičními strategiemi a má sledovat transakce investičního fondu a jakékoliv nezvyklé transakce vyšetřit. Je zřejmé, že tyto povinnosti nemůže depozitář řádně plnit bez znalosti nastavení procesů obhospodařovatele a jejich ověření v praxi.
191. K tvrzení účastníka řízení, že nastavení investičních postupů a procesů je plně v kompetenci obhospodařovatele a kontrola tohoto nastavení je předmětem posouzení ze strany regulátora a případný zásah do investičních procesů ze strany depozitáře by měl být vnímán jako narušování neslučitelnosti výkonu činností obhospodařovatele a depozitáře, správní orgán uvádí, že dohledová činnost správního orgánu z povahy věci nenahrazuje kontrolní činnost depozitáře a provedení kontrolní činnosti depozitářem za účelem ověření souladu kontrolovaných procesů s požadavky právních předpisů, samo o sobě zásah do kontrolovaných procesů nepředstavuje. Jelikož je depozitář za účelem plnění svých povinností povinen provádět ověřování postupů a procedur správců i v oblasti investování (nakládání s majetkem fondu), jak vyplývá z výše citovaných požadavků přímo účinných nařízení, není tato kontrolní činnost narušením neslučitelnosti výkonu činností obhospodařovatele a depozitáře.
192. K námitce účastníka řízení, že správní orgán v oblasti oceňování aktiv fondu potvrdil, že depozitář provádí odpovídající kontroly adekvátním způsobem, správní orgán uvádí, že toto tvrzení nemá oporu v Protokolu o kontrole, ve kterém správní orgán uvedl toliko, že kontrola oceňování nepatří mezi oblasti, u kterých má správní orgán za prokázané, že účastník řízení nemá zavedeny kontrolní procedury.
193. K námitce účastníka řízení, že pro fondy tzv. podlimitních obhospodařovatelů se odkazy na čl. 92 nařízení AIFMR nepoužijí, správní orgán uvádí, že tuto skutečnost nijak nezpochybňuje a současně uvedenou skutečnost reflektoval, když částečně vyhověl námitce účastníka řízení č. 21 proti kontrolnímu zjištění na stranách 68 a 69 Protokolu o kontrole pod bodem 3.3. Prověřování postupů a procesů investičních společností a investičních fondů, a text Protokolu o kontrole na straně 69 změnil tak, že za poslední větu textu vložil nový text: *„Kontrolní zjištění se netýká výkonu depozitářské kontroly ve vztahu k fondům kvalifikovaných investorů, jejichž obhospodařovatelé nejsou oprávněni přesáhnout rozhodný limit.“*
194. K námitce účastníka řízení, že účastník řízení vytykané jednání napravit v souladu s Plánem nápravných opatření schválených správním orgánem, správní orgán uvádí, že vzal na vědomí, že účastník řízení přijal opatření k nápravě, kterým by uvedené pochybení měl do budoucna eliminovat, což bude ovšem možné ověřit až následným výkonem dohledu v této oblasti. Přijetí opatření k nápravě však nemůže zcela vést k zániku deliktní odpovědnosti účastníka řízení, ale bylo k němu přihlédnuto jako k polehčující okolnosti při stanovení výše sankce.

Závěr správního orgánu a právní kvalifikace

195. Správní orgán má s ohledem na výše uvedené za prokázané, že účastník řízení tím, že k 14.2.2019¹¹⁴ neprováděl s výjimkou oblasti oceňování zpětně doložitelné systematické ověřování vhodnosti postupů a procesů investičních společností či samosprávných investičních fondů, pro které vykonával činnost depozitáře, s výjimkou fondů kvalifikovaných investorů, jejichž obhospodařovatelé nejsou oprávněni přesáhnout rozhodný limit, porušil kontrolní povinnosti depozitáře investičního fondu podle ustanovení § 73 odst. 1 ZISIF ve spojení s § 73 odst. 4 ZISIF ve znění účinném do 30.4.2020 a čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR a čl. 3 odst. 2 nařízení UCITS V, a dopustil se tak přestupku podle § 612 odst. 1 písm. n) ZISIF.

ad (v) Kontrola oceňování majetku INVESTIKA realitní OPF

196. Správní orgán v rámci kontroly prověřil systémové nastavení a způsob provádění kontroly oceňování aktiv u INVESTIKA realitního fondu, otevřeného podílového fondu (dále jen „INVESTIKA realitní OPF“)¹¹⁵, jehož obhospodařovatelem je INVESTIKA, investiční společnost, a.s., IČO: 041 58 911, se sídlem U Zvonařky 291/3, 120 00 Praha 2 (dále jen „IS INVESTIKA“ nebo „obhospodařovatel“), a zjistil nedostatky systémového nastavení kontroly oceňování aktiv tohoto investičního fondu v případě stanovení hodnoty alikvotního úrokového výnosu z půjček v majetku tohoto investičního fondu a stanovení hodnoty nemovitostních společností v majetku tohoto investičního fondu k datu stanovení čisté hodnoty aktiv tohoto investičního fondu a dále nedostatky v ověřování postupů stanovení hodnoty nemovitostí v majetku tohoto investičního fondu výborem odborníků.

Právní úprava

197. Podle § 73 odst. 1 písm. b) ZISIF v rámci činnosti depozitáře fondu kolektivního investování depozitář kontroluje, zda v souladu s tímto zákonem, nařízením AIFMR, statutem fondu kolektivního investování a ujednáními depozitářské smlouvy byla vypočítána aktuální hodnota podílového listu nebo investiční akcie.

198. Podle § 73 odst. 1 písm. c) ZISIF v rámci činnosti depozitáře fondu kolektivního investování depozitář kontroluje, zda v souladu s tímto zákonem, nařízením AIFMR, statutem fondu kolektivního investování a ujednáními depozitářské smlouvy byl oceňován majetek a dluhy tohoto fondu.

199. Podle článku 92 odst. 2 nařízení AIFMR při plnění povinností dohledu podle čl. 21 odst. 9¹¹⁶ směrnice AIFMD provádí depozitář kontroly *ex post* a ověření postupů a

¹¹⁴ Den konání kontrolního pohovoru s pracovníky účastníka řízení, na základě kterého byly zjištěny uvedené nedostatky.

¹¹⁵ Viz kapitoly 3.9 a 3.15 Protokolu o kontrole; soubor 2019_073932_CNB_580 CS - protokol o kontrole.pdf ve složce 4_Protokol na DVD 2, spis č.l. 8.

¹¹⁶ Podle čl. 21 odst. 9 směrnice AIFMD kromě úkolů uvedených v odstavcích 7 a 8 depozitář: a) zajišťuje, aby byly prodej, emise, odkup, vyplácení a zrušení podílových jednotek nebo akcií prováděny v souladu s příslušnými vnitrostátními právními předpisy a statutem nebo zakládacími dokumenty alternativního investičního fondu; b) zajišťuje, aby byla hodnota podílových jednotek nebo akcií alternativního investičního fondu vypočítávána v souladu s příslušnými vnitrostátními právními předpisy, se statutem nebo zakládacími dokumenty alternativního investičního fondu a s postupy stanovenými v článku 19; c) plní pokyny správce, pokud nejsou v rozporu s příslušnými vnitrostátními právními předpisy nebo se statutem či zakládacími dokumenty alternativního investičního fondu; d) zajišťuje, aby u operací s aktivy alternativního investičního fondu byla protiplnění alternativnímu investičnímu fondu poskytována v obvyklých lhůtách; e) zajišťuje, aby byly příjmy alternativního investičního fondu využity v souladu s příslušnými vnitrostátními právními předpisy a se statutem nebo zakládacími dokumenty alternativního investičního fondu.

procedur, za něž zodpovídá správce, alternativní investiční fond nebo ustanovená třetí strana. Depozitář za všech okolností zajistí, že existují vhodné postupy ověření a sesouhlasení, které jsou zavedeny, používány a často přehodnocovány. Správce zajistí, aby všechny pokyny týkající se aktiv a operací alternativního investičního fondu byly zaslány deponentovi, aby mohl provést svůj vlastní postup ověření či sesouhlasení.

200. Podle čl. 94 odst. 1 nařízení AIFMR k dosažení souladu s čl. 21 odst. 9 písm. b) směrnice AIFMD musí deponent: a) průběžně ověřovat, zda jsou vytvořeny a používány vhodné a soudržné postupy oceňování aktiv alternativního investičního fondu v souladu s článkem 19 směrnice AIFMD a jejich prováděcích opatření a se statutem nebo zakládacími dokumenty alternativního investičního fondu, a b) zajistit, aby zásady a postupy oceňování byly účinně prováděny a pravidelně přehodnocovány.

201. Podle ustanovení § 612 odst. 1 písm. n) ZISIF se deponent investičního fondu dopustí přestupku tím, že neprovede kontrolu podle § 73 odst. 1 nebo 3.

(a) Kontrolní postupy

Skutková zjištění

202. Podle článku 4.4. deponentářské smlouvy uzavřené mezi účastníkem řízení a IS INVESTIKA dne 31.8.2015, ve znění pozdějších dodatků¹¹⁷, je účastník řízení jako deponentář povinen provádět kontrolu, zda byl výpočet aktuální hodnoty podílových listů proveden IS INVESTIKA v souladu se ZISIF, nařízením AIFMR, deponentářskou smlouvou a statutem INVESTIKA realitní OPF. Ověření správnosti údajů má podle uvedeného článku provádět účastník řízení na základě údajů ze zdrojů nezávislých na IS INVESTIKA. Pokud takové zdroje neexistují, vychází účastník řízení z podkladů IS INVESTIKA, a v případě zjevných nedostatků podkladů je účastník řízení povinen přezkoumat správnost použitých dat a postupů.

203. Stejně je požadavek na nezávislost zdrojů formulován též v článku 4.5. deponentářské smlouvy upravujícím kontrolu oceňování majetku a dluhů fondu, tedy, že pokud existují údaje ze zdrojů nezávislých na IS INVESTIKA, ověřuje účastník řízení správnost údajů z těchto zdrojů.

204. Podle čl. IX bod 4 statutu INVESTIKA realitní OPF¹¹⁸ je oceňování majetku a dluhů v tomto podílovém fondu prováděno k poslednímu dni kalendářního měsíce, není-li ve statutu uvedeno jinak. Na základě ocenění majetku a dluhů podílového fondu se stanoví aktuální hodnota podílového listu. Podle čl. X bod 4 statutu INVESTIKA realitní OPF se aktuální hodnota podílového listu obvykle stanoví k poslednímu dni kalendářního měsíce a je platná pro daný kalendářní měsíc.

¹¹⁷ Viz soubory *Deposmlouva Investika realitní OPF 31.8.15.pdf*, *Deposmlouva Investika realitní Dodatek 1 z 071015.pdf*, *29.10.18 Dodatek č. 2 k deposmlouvě ze dne 31.8.2015.pdf*, *7.9.15 INV_Příloha č. 2 Depo smlouva.pdf* přijaté dne 19.2.2019 ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_021021_z 19.2.2019_CD_DEP_deponentářské smlouvy* a *Investika* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹¹⁸ Jak ve znění účinném od 12.2.2018 do 9.9.2018, od 10.9.2018 do 22.10.2018, od 23.10.2018 do 28.11.2018, od 29.11.2018 do 24.1.2019 a od 25.1.2019 do 14.7.2019, tak ve znění účinném ke dni vydání tohoto rozhodnutí. Viz soubor *Statut INVESTIKA RF OPF_podepsany.pdf*, *20180910 Statut INV OPF.pdf*, *INV_INVESTIKA OPF_Statut fondu_23.10.2018.pdf* a *Statut INVESTIKA od 29.11.2018.pdf* na CD spis č.l. 9 a dále <https://moje.investika.cz/files/statut-irf-20220317.pdf> a <https://moje.investika.cz/archiv-dokumentu>.

205. Správní orgán si na základě emailové výzvy ze dne 25.3.2019¹¹⁹ od účastníka řízení vyžádal veškeré podklady sloužící k provedení depozitářské kontroly u fondu INVESTIKA realitní OPF k 31.1.2019 obdržené od investiční společnosti spolu s průvodní komunikací, dále veškeré kontrolní soubory depozitáře (včetně prezentovaného excelového souboru 2019 INVESTIKA, portfolio, NAV, PL.xlsx), tedy i veškeré soubory určené ke kontrole ocenění majetku a dluhů včetně stanovení NAV k datu 31.1.2019, a zprávu o výsledku provedené kontroly zaslanou klientovi (originál e-mailu).
206. Z předložených podkladů¹²⁰ správní orgán zjistil, že minimálně ke dni 31.1.2019 účastník řízení neprovedl nezávislé ověření ocenění/výpočet alikvotního úrokového výnosu z půjček v majetku INVESTIKA realitní OPF. Z předložených podkladů navíc vyplývá, že kontrolní soubory účastníka řízení ani neumožňují takovou kontrolu vzhledem ke svému nastavení provést. Soubor *Přehled Investika.xlsx*¹²¹ totiž obsahuje ve sloupci „úrok“ vzorec, který nekoresponduje s podmínkami pro stanovení výše úroku dle příslušných smluv a soubor *IRF_přehled_půjček k 2-2019.xlsx*¹²² obsahuje pevně zadané údaje o výši úroků ke konkrétnímu datu převzaté od IS INVESTIKA, resp. z emailu zaslaného IS INVESTIKA účastníku řízení dne 6.3.2019 vyplývá, že se jedná o soubor poskytnutý přímo ze strany IS INVESTIKA¹²³.
207. Pro potřeby kontroly stanovení hodnoty nemovitostních společností v majetku INVESTIKA realitní OPF k datu stanovení čisté hodnoty aktiv fondu (NAV), poskytuje účastníkovi řízení zdrojová data soubor¹²⁴ vytvořený IS INVESTIKA obsahující přehled jednotlivých položek (včetně číselných údajů) vstupujících do výpočtu hodnot podílů v nemovitostních společnostech, a výsledné vypočtené hodnoty. Tyto podklady však nelze považovat za údaje nezávislé na IS INVESTIKA ve smyslu čl. 4.4. a 4.5. depozitářské smlouvy. Takovýto podklad by bylo možno akceptovat pouze za předpokladu, že by bylo z předložených podkladů zřejmé, odkud IS INVESTIKA tato data získala, např. data by byla do tabulky automaticky exportována z účetního systému, jehož funkčnost by si účastník řízení v rámci prověřování postupů IS INVESTIKA ověřil.
208. Dále správní orgán na základě předložené e-mailové komunikace¹²⁵ zjistil, že odpovědný pracovník účastníka řízení si od IS INVESTIKA vyžádal¹²⁶ odsouhlasení jím vypočtené výše aktiv k 31.1.2019, a to navíc až po odsouhlasení výpočtu NAV. **Praxe, kdy si depozitář nechá odsouhlasit své výpočty klientem a ne naopak, popírá základní princip kontrolní činnosti depozitáře.** Za nežádoucí postup ověření a sesouhlasení, zda

¹¹⁹ Viz soubor *38_odchozí_žádost_o_předložení_podkladů_DEP & SMĚN.msg* ve složce *1_Korespondence* a podsložce *Průběžná e-mailová komunikace s bankou včetně výzev* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹²⁰ Vyjádření účastníka řízení přijaté dne 2.4.2019 (č.j. 2019/037651/CNB/580), body 2 a 4. Viz soubor *potvrzení_o_předání_podkladů_2_4_2019.pdf* a další soubory ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_037651_z_2.4.2019_CD_DEP_podklady_vyžádané_25.3.2019_bod_1_až_16* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹²¹ Ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložkách *2019_037651_z_2.4.2019_CD_DEP_podklady_vyžádané_25.3.2019_bod_1_až_16* a 4 – OK na DVD 1, spis č.l. 7.

¹²² Ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložkách *2019_037651_z_2.4.2019_CD_DEP_podklady_vyžádané_25.3.2019_bod_1_až_16* a 4 – OK na DVD 1, spis č.l. 7.

¹²³ Viz soubor *IRF_přehled_půjček_2-2019.eml* ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložkách *2019_043275_z_15.4.2019_CD_DEP & BO_podklady_vyžádané_8.4.2019_2 OK, a) emaily* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹²⁴ Např. soubor *INV_RF_1-2019_Hodnoty_podílů_v_SPV(1).xlsx* ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_037651_z_2.4.2019_CD_DEP_podklady_vyžádané_25.3.2019_bod_1_až_16* a 2 – OK na DVD 1, spis č.l. 7.

¹²⁵ Viz soubor *INV_RF_předběžná_hodnota_majetku_NAV_test_1_2019_050219_odpověď.eml* ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_037651_z_2.4.2019_CD_DEP_podklady_vyžádané_25.3.2019_bod_1_až_16* a 2 – OK na DVD 1, spis č.l. 7.

¹²⁶ Konkrétně tento pracovník uvedl: „Chtěl bych Vás současně požádat o potvrzení výše Aktiv k 31.1.2019, která v mém propočtu dosáhla částky 3 010 887 995,61 Kč.“

jsou vytvořeny a používány vhodné a soudržné postupy oceňování aktiv alternativního investičního fondu, lze rovněž považovat **praxi, kdy odpovědný pracovník účastníka řízení sdílí své kontrolní postupy**, tj. soubor *2018 INVESTIKA realitní OPF, NAV, PL.xlsx*¹²⁷, s klientem, pro něhož vykonává funkci depozitáře¹²⁸.

209. Provádění kontroly, resp. zpracování kontrolních souborů je plně v kompetenci odpovědného pracovníka účastníka řízení. V případě INVESTIKA realitní OPF využil odpovědný pracovník pro kontrolu ocenění majetku a dluhů a stanovení NAV dva kontrolní soubory¹²⁹. Soubor *2019 INVESTIKA Portfolio, NAV, podílové listy.xlsx*¹³⁰ obsahuje v jednotlivých řádcích, s výjimkou sumarizačních řádků, pevně zadané hodnoty, z čehož vyplývá, že se jedná o soubor, který slouží primárně pro kontrolu samotného propočtu NAV z již zkontrolovaných jednotlivých položek majetku a závazků. Soubor *IRF_NAV I-2019_test.xlsx* pak obsahuje údaje převzaté od IS INVESTIKA ze souboru *IRF_NAV I_2019_test.xlsx*¹³¹ a kontrolní propočty prováděné odpovědným pracovníkem účastníka řízení.

Námítky účastníka řízení

210. Účastník řízení toliko namítá, že skutek má charakter pochybení, které bylo řádně napraveno v souladu s Plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.

Hodnocení správního orgánu

211. Správní orgán vzal na vědomí, že účastník řízení přijal opatření k nápravě, kterým by uvedené pochybení měl do budoucna eliminovat, což bude ovšem možné ověřit až následným výkonem dohledu v této oblasti. Přijetí opatření k nápravě však nemůže zcela vést k zániku deliktů odpovědnosti účastníka řízení, ale bylo k němu přihlédnuto jako k polehčující okolnosti při stanovení výše sankce.

Závěr správního orgánu a právní kvalifikace

212. Účastník řízení tím, že v případě INVESTIKA realitní OPF k 31.1.2019¹³² **nezávisle neověřil stanovení hodnoty alikvotního úrokového výnosu z půjček v majetku tohoto investičního fondu a stanovení hodnoty nemovitostních společností v majetku tohoto investičního fondu k datu stanovení čisté hodnoty aktiv tohoto investičního fondu, neboť nedisponoval nezávislými zdroji informací pro účely této kontroly a své kontrolní postupy sdílel s INVESTIKA investiční společností, a.s., pro kterou vykonával činnost depozitáře, porušil povinnost provést kontrolu podle § 73 odst. 1 písm. c) ZISIF ve spojení s § 73 odst. 4 ZISIF ve znění účinném do 30.4.2020, čl. 92**

¹²⁷ Viz soubor *INV RF sestava pro depozitáře NAV 11-2018 final.eml* složka 2 *Přijaté materiály* a podsložka *2019_043275_z 15.4.2019_CD_DEP & BO_podklady vyžádané 8.4.2019, 2 OK, a) emaily a ČNB emaily odpovedi* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹²⁸ Odpovědný pracovník účastníka řízení přitom současně upozorňuje klienta na skutečnost, že mohou být v dokumentu nepřesnosti, když uvádí „*ne vždy data odpovídají označení*“.

¹²⁹ V následujícím textu jsou pro zjednodušení vždy uváděny pouze názvy kontrolních souborů doložených účastníkem řízení pro kontrolu prováděnou k 31.1.2019.

¹³⁰ Ve složce 2 *Přijaté materiály* a podsložce *2019_037651_z 2.4.2019_CD_DEP_podklady vyžádané 25.3.2019_bod 1 až 16 a 2 – OK* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹³¹ Ve složce 2 *Přijaté materiály* a podsložce *2019_037651_z 2.4.2019_CD_DEP_podklady vyžádané 25.3.2019_bod 1 až 16 a 2 – OK* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹³² K tomuto datu měl účastník řízení na základě výzvy správního orgánu doložit provedení řádné kontroly, přičemž při přezkoumání poskytnutých kontrolních souborů byly zjištěny nedostatky v postupech účastníka řízení, které jsou popsány výše. K tomuto datu se též vztahují informace, které jsou předmětem emailové komunikace mezi účastníkem řízení a IS INVESTIKA.

odst. 2 a čl. 94 odst. 1 nařízení AIFMR, a dopustil se tak přestupku podle § 612 odst. 1 písm. n) ZISIF.

(b) *Ověřování postupů stanovení hodnoty nemovitostí v majetku investičního fondu výborem odborníků*

Skutková zjištění

213. INVESTIKA realitní OPF je fondem nemovitostí, tedy speciální fond, který podle svého statutu investuje především do nemovitostí a účastí v nemovitostních společnostech. Hodnotu nemovitostí v majetku fondu, resp. v majetku nemovitostní společnosti, stanovuje výbor odborníků IS INVESTIKA. Podle článku IX. odst. 37 statutu INVESTIKA realitní OPF¹³³ se řádné zasedání výboru odborníků koná alespoň dvakrát do roka. Z každého zasedání výboru odborníků se pořizuje zápis, který dle článku IX odst. 39 obsahuje mimo jiné komentář k vývoji tržních i netržních cenotvorných faktorů, popis stavu, využití a dalších skutečností ohledně jednotlivých nemovitostí v majetku podílového fondu, resp. v majetku nemovitostní společnosti.
214. Účastník řízení předložil dva zápisy z řádného jednání výboru odborníků IS INVESTIKA, a to k datům 30.6.2018 a 30.11.2018¹³⁴. Zápisy z jednání výboru odborníků IS INVESTIKA nesplňují požadavky článku IX. odst. 39 statutu, neboť obsahují pouze výsledné hodnoty ocenění jednotlivých nemovitostí bez podrobnější analýzy, z níž by bylo patrné, jaké skutečnosti vzal výbor odborníků v úvahu a jak je posoudil, a v případě zápisu z 30.11.2018 rovněž bez uvedení podkladů, na základě nichž dospěl výbor ke svým závěrům.
215. Samotné zápisy tedy neumožňují zpětně rekonstruovat proces stanovení hodnoty nemovitostí a nezajišťují jeho plnou transparentnost. Takové podklady lze označit za podklady, které vykazují zjevné nedostatky ve smyslu článku 4.5. depozitářské smlouvy¹³⁵ uzavřené mezi účastníkem řízení a IS INVESTIKA dne 31.8.2015, ve znění pozdějších dodatků¹³⁶, neboť neumožňují depozitáři bez dalšího provést potřebné kontrolní kroky.

¹³³ Jak ve znění účinném od 12.2.2018 do 9.9.2018, tak ve znění účinném od 10.9.2018 do 22.10.2018, resp. ve znění účinném od 23.10.2018 do 28.11.2018 a ve znění účinném od 29.11.2018 do 24.1.2019. Viz soubor *Statut INVESTIKA RF OPF_podepsany.pdf*, *20180910 Statut INV OPF.pdf*, *INV_INVESTIKA OPF_Statut fondu_23.10.2018.pdf* a *Statut INVESTIKA od 29.11.2018.pdf* na CD spis č.l. 9 a <https://moje.investika.cz/archiv-dokumentu>.

¹³⁴ Viz soubory *VO 6_2018.eml*, *VO 30062018.eml*, *zápis ze zasedání VO 30112018.eml*, *Zápis VO 30112018.pdf* ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_037651_z 2.4.2019_CD_DEP_podklady vyžádané 25.3.2019_bod 1 až 16 a 5 – OK* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹³⁵ Podle tohoto článku je depozitář „povinen provádět kontrolu, zda byly majetek fondu a dluhy fondu oceňovány v souladu se Zákonem, Nařízením, Smlouvou a se Statutem. Ověření správnosti údajů depozitář provádí na základě údajů ze zdrojů nezávislých na obhospodařovateli. Pokud takové zdroje neexistují, vychází depozitář z podkladů obhospodařovatele; v případě zjevných nedostatků podkladů je depozitář povinen přezkoumat správnost použitých dat a postupů“.

¹³⁶ Viz soubory *Deposmlouva Investika realitní OPF 31.8.15.pdf*, *Deposmlouva Investika realitní Dodatek 1 z 071015.pdf*, *29.10.18 Dodatek č. 2 k deposmlouvě ze dne 31.8.2015.pdf*, *7.9.15 INV_Příloha č 2 Depo smlouva.pdf* přijaté dne 19.2.2019 pod č.j. 2019/021021/CNB/580 ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_021021_z 19.2.2019_CD_DEP_depozitářské smlouvy* a *Investika* na DVD 1, spis č.l. 7.

216. Z předložených podkladů¹³⁷ dále vyplývá, že účastník řízení pro potřeby kontroly ocenění majetku a dluhů a stanovení NAV v období od 30.6.2018 do 30.10.2018 (vždy k poslednímu dni kalendářního měsíce) neměl k dispozici ani samotný zápis ze zasedání výboru odborníků k 30.6.2018, neboť mu byl ze strany IS INVESTIKA předložen až 13.3.2019. Tuto skutečnost potvrdil účastník řízení ve vyjádření ze dne 10.6.2019¹³⁸. Přitom z analýzy podkladů zaslaných IS INVESTIKA, tj. z hodnoty podílů v nemovitostních společnostech (viz odst. 207 odůvodnění tohoto rozhodnutí), mělo být účastníkovi řízení zřejmé, že hodnoty nemovitostí v majetku nemovitostních společností v tomto období neodpovídaly posledním hodnotám doloženým účastníkovi řízení a jako takové měly být předmětem jeho dalšího posouzení o použití vhodných a soudržných postupů oceňování¹³⁹ ze strany IS INVESTIKA.
217. Správní orgán konstatuje, že stanovenou hodnotu nemovitostí nemůže účastník řízení mechanicky přejímat, naopak je třeba, aby ji podrobil kritickému zkoumání (včetně např. posouzení předpokladů, ze kterých se při stanovení hodnoty vycházelo) a případné výhrady projednal s obhospodařovatelem. Požadavek právních předpisů přitom nespočívá nutně v souběžném provedení nezávislého ocenění hodnoty nemovitosti nebo účasti samotným účastníkem řízení. S ohledem na charakter aktiv lze považovat za postačující, jestliže účastník řízení ověří správnost postupu obhospodařovatele při nastavení procesu oceňování a jeho následném účinném provádění v konkrétních případech ocenění aktiv. Součástí požadavku je také pravidelné ověřování, že zvolené postupy jsou nadále efektivní a věrohodné, a to způsobem proporcionálním k dané typologii aktiv, kterých se kontrola týká.
218. Aby byl účastník řízení schopen dostat splnění své kontrolní povinnosti, musí disponovat dostatečným zdrojem informací pro provedení kontroly. V případě nemovitostí je na místě za tyto informace považovat minimálně hodnoty vstupující do výpočtu a další informace ovlivňující stanovení hodnoty nemovitostí, ze kterých výbor odborníků vycházel, a to včetně posouzení externích faktorů majících vliv na cenu aktiva.

Námítky účastníka řízení

219. Účastník řízení toliko namítá, že skutek má charakter pochybení, které bylo řádně napraveno v souladu s Plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.

Hodnocení správního orgánu

220. Správní orgán vzal na vědomí, že účastník řízení přijal opatření k nápravě, kterým by uvedené pochybení měl do budoucna eliminovat, což bude ovšem možné ověřit až následným výkonem dohledu v této oblasti. Přijetí opatření k nápravě však nemůže zcela vést k zániku delikttní odpovědnosti účastníka řízení, ale bylo k němu přihlédnuto jako k polehčující okolnosti při stanovení výše sankce.

¹³⁷ Viz soubory *VO 6_2018.eml*, *VO 30062018.eml* přijaté dne 2.4.2019 pod č.j. 2019/037651/CNB/580, ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_037651_z 2.4.2019_CD_DEP_podklady vyžádané 25.3.2019_bod 1 až 16 a 5 – OK* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹³⁸ Viz soubor *Reakce na požadavek ČNB bod 6.docx* přijatý dne 10.6.2019 pod č.j. 2019/067097/CNB/580, ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_067097_z 10.6.2019_email_DEP & PS & IS_podklady vyžádané 31.5.2019, Depozitář a 6 - hotovo* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹³⁹ Viz soubor *Reakce na požadavek ČNB bod 7.docx* přijatý dne 11.6.2019 pod č.j. 2019/067430/CNB/580, ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložce *2019_067430_z 11.6.2019_email_DEP & IS_podklady vyžádané 28.5. a 31.5.2019, Depozitář a 7 - hotovo* na DVD 1, spis č.l. 7.

Závěr správního orgánu a právní kvalifikace

221. **Správní orgán má s ohledem na výše uvedené za prokázané, že účastník řízení tím, že v případě INVESTIKA realitní OPF v období od 30.6.2018 do 30.10.2018¹⁴⁰ řádně neověřoval, zda při stanovení hodnoty nemovitostí v majetku tohoto investičního fondu byl výborem odborníků INVESTIKA investiční společnost, a.s. použit vhodný a soudržný postup oceňování aktiv tohoto investičního fondu a zda byly zvolené postupy nadále efektivní a věrohodné, když nedisponoval dostatečným zdrojem informací k provedení této kontroly, porušil povinnost provést kontrolu podle § 73 odst. 1 písm. b) a c) ZISIF ve spojení s § 73 odst. 4 ZISIF ve znění účinném do 30.4.2020, čl. 92 odst. 2 a čl. 94 odst. 1 nařízení AIFMR, a dopustil se tak přestupku podle § 612 odst. 1 písm. n) ZISIF.**

ad (vi) Kontrola přípustné skladby majetku INVESTIKA realitní OPF

222. V rámci kontroly správní orgán dále prověřil systémové nastavení a způsob provádění kontroly přípustné skladby majetku u INVESTIKA realitního OPF.

Právní úprava

223. Podle čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR při plnění povinností dohledu podle čl. 21 odst. 9 směrnice AIFMD provádí depozitář kontroly *ex post* a ověření postupů a procedur, za něž zodpovídá správce, alternativní investiční fond nebo ustanovená třetí strana. Depozitář za všech okolností zajistí, že existují vhodné postupy ověření a sesouhlasení, které jsou zavedeny, používány a často přehodnocovány. Správce zajistí, aby všechny pokyny týkající se aktiv a operací alternativního investičního fondu byly zaslány depozitáři, aby mohl provést svůj vlastní postup ověření či sesouhlasení.

224. Podle čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR k dosažení souladu s čl. 21 odst. 9 písm. c) směrnice AIFMD musí depozitář alespoň vypracovat a zavést vhodné postupy k ověření, že alternativní investiční fond a správce jednájí v souladu s platnými právními a správními předpisy a se statutem a zakládacími dokumenty fondu. Depozitář zejména sleduje, zda alternativní investiční fond dodržuje investiční omezení a limity pákového efektu stanovené v nabídkových dokumentech fondu. Tyto postupy jsou úměrné povaze, rozsahu a složitosti alternativního investičního fondu.

225. Podle § 612 odst. 1 písm. t) ZISIF ve znění do 30.4.2020¹⁴¹ se depozitář investičního fondu dopustí přestupku tím, že nesplní některou z povinností nebo poruší některý ze zákazů stanovených přímo použitelným předpisem Evropské unie v oblasti obhospodařování investičních fondů ve vztahu k výkonu činnosti depozitáře.

(a) Kontrolní postupy

Skutková zjištění

226. Správní orgán zjistil, že kontrola dodržování investičních limitů vztahujících se k majetku fondu je prováděna manuálně odpovědným pracovníkem depozitáře v souboru MS

¹⁴⁰ Tj. v období, kdy účastník řízení neměl k dispozici zápis ze zasedání výboru odborníků k 30.6.2018.

¹⁴¹ Zákonem č. 119/2020 Sb. bylo toto ustanovení s účinností od 1.5.2020 novelizováno tak, že nově stanoví výčet konkrétních ustanovení přímo účinných evropských nařízení, jejichž porušení (nesplnění některou z povinností nebo porušení některý ze zákazů) je přestupkem, a to včetně čl. 2 až 111 nařízení AIFMR.

Excel¹⁴² zpravidla jednou měsíčně, a to ke dni stanovení NAV. Kontrolní soubor je v autonomní správě odpovědného pracovníka a je značně individualizovaný. Výstupem kontroly je výpočet podílu jednotlivých aktiv v portfoliu fondu na jeho celkovém majetku. Chybí však ucelený přehled investičních limitů (a jejich hraničních hodnot), které musí fond dodržovat dle statutu a právních předpisů. Některé limity mají komplexnější povahu a jsou tvořeny sumou více proměnných než pouze dílčími podíly jednotlivých aktiv na hodnotě majetku fondu. K výpočtu některých limitů jsou navíc potřebná dodatečná data, která kontrolní soubor neobsahuje, a neexistuje žádná auditní stopa, že byly tyto investiční limity zkontrolovány¹⁴³. Kontrolní soubor tak neposkytuje jednoznačnou informaci o tom, zda jsou k jednotlivým dnům stanovování NAV investiční limity dodržovány.

227. Určité pozice aktiv jsou tvořeny součtem více hodnot (např. termínované vklady), které vycházejí z podkladů zasílaných depozitáři obhospodařovatelem. Výsledné hodnoty jsou v kontrolním souboru vloženy jako suma bez bližší specifikace zdrojových dat. Prostým přepisováním hodnot do kontrolního souboru vzrůstá pravděpodobnost chybně zadaných údajů.
228. V důsledku značně individualizovaného přístupu k vlastní kontrole a specifikům kontrolního souboru nejsou jednotlivé kroky kontroly dodržování investičních limitů plně rekonstruovatelné, čímž se snižuje možnost zastupitelnosti odpovědného pracovníka a zvyšuje se riziko selhání lidského faktoru.
229. Nedostatečnost takového kontrolního prostředí dokládá zjištění, že účastník řízení při kontrole výpočtu NAV a investičních limitů k 31.1.2019 chybně interpretoval podklady zaslané obhospodařovatelem fondu k výši termínovaných vkladů a spořicíh účtů. Dle e-mailu, který účastník řízení obdržel od obhospodařovatele dne 5.2.2019¹⁴⁴, byla výše termínovaného vkladu k 31.1.2019 u ██████████¹⁴⁵ 502 000 000 Kč a výše spořicího účtu u ██████████¹⁴⁶ 359 999 000 Kč. Účastník řízení však v kontrolním souboru vykázal peněžní prostředky u ██████████ ve výši 542 446 692 Kč a u ██████████ ve výši 319 552 308 Kč¹⁴⁷. Dále pak byly veškeré úroky z uložených peněžních prostředků ve výši 580 565 Kč připočteny do pozice u ██████████, přestože částka 216 139 Kč¹⁴⁸ náležela k termínovanému vkladu u ██████████. Tím byl nesprávně počítán limit dle § 66 Nařízení 243/2013, podle kterého výše peněžních prostředků uložených u jedné banky nesmí překročit 20 % hodnoty majetku fondu. Ačkoliv v tomto případě k překročení limitu nedošlo, systémové nastavení kontroly nevytváří předpoklad pro včasné odhalení

¹⁴² Viz soubor 2019 INVESTIKA Portfolio, NAV, podílové listy.xlsx přijatý dne 2.4.2019 pod č.j. 2019/037651/CNB/580 ve složce 2_Přijaté materiály a podsložkách 2019_037651_z 2.4.2019_CD_DEP_podklady vyžádané 25.3.2019_bod 1 až 16 a 2 – OK na DVD 1, spis č.l. 7. Předložený soubor je záznamem kontroly k 31.1.2019.

¹⁴³ Např. hodnota nemovitostí v majetku SPV (Special Purpose Vehicle, tj. projektová (akviziční) společnost) pro výpočet limitu dle § 74 odst. 3 Nařízení vlády 243/2013 (viz odst. 207 a 238 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

¹⁴⁴ Viz soubor IRF - přehled TV k 1_2019_050219.eml přijatý dne 2.4.2019 pod č.j. 2019/037651/CNB/580 ve složce 2_Přijaté materiály a podsložkách 2019_037651_z 2.4.2019_CD_DEP_podklady vyžádané 25.3.2019_bod 1 až 16 a 2 – OK na DVD 1, spis č.l. 7.

¹⁴⁵ ██████████, IČO: ██████████, se sídlem ██████████.

¹⁴⁶ ██████████, IČO: ██████████, se sídlem ██████████.

¹⁴⁷ Viz soubor 2019 INVESTIKA Portfolio, NAV, podílové listy.xlsx přijatý dne 2.4.2019 pod č.j. 2019/037651/CNB/580 ve složce 2_Přijaté materiály a podsložkách 2019_037651_z 2.4.2019_CD_DEP_podklady vyžádané 25.3.2019_bod 1 až 16 a 2 – OK na DVD 1, spis č.l. 7.

¹⁴⁸ Viz soubor 2019 INVESTIKA Portfolio, NAV, podílové listy opr.xlsx přijatý dne 15.4.2019 pod č.j. 2019/043275/CNB/580 ve složce 2_Přijaté materiály a podsložkách 2019_043275_z 15.4.2019_CD_DEP & BO_podklady vyžádané 8.4.2019 a 12 OK a a Dynamika na DVD 1, spis č.l. 7.

podobných chyb, a v praxi tak může docházet k reálnému překračování investičních limitů, aniž by účastník řízení tuto skutečnost identifikoval.

Námítky účastníka řízení

230. Účastník řízení se neztotožňuje se závěry správního orgánu ohledně adekvátnosti nastavených kontrolních postupů, co se týče údajného porušení čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR. Ten stanoví, že účastník řízení jako depozitář zejména sleduje, zda alternativní investiční fond dodržuje investiční omezení a limity pákového efektu stanovené v nabídkových dokumentech fondu, přičemž tyto postupy mají být úměrné povaze, rozsahu a složitosti alternativního investičního fondu.
231. INVESTIKA realitní OPF je v souladu se statutem tohoto fondu podílovým fondem spíše konzervativní povahy, který nabývá méně riziková aktiva. Primárně se jedná zejména o aktiva jednoduššího charakteru – nemovitosti. Rizikovost fondu je navíc na škále SRRI na stupni č. 2 z maximálních 7. Dále u nemovitostních fondů a obecně u všech fondů investujících do alternativních aktiv je jako standardní nástroj evidence majetku, kontroly NAV a limitů fondů používán MS Excel¹⁴⁹, a to z toho důvodu, že transakce s aktivy takových fondů nelze jednoduše automatizovat (nemají jednoznačný ISIN, nebo IČO).
232. Účastník řízení má tak za to, že pro účely tohoto převážně homogenního nekomplexního fondu jsou současné kontrolní postupy obsažené v souboru MS Excel úměrné povaze, rozsahu a složitosti tohoto fondu, když je umožněno vkládat data, která mají převážně homogenní charakter a je podporována funkce sumy, a tudíž v souladu s čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR. Podle účastníka řízení je zmíněné pochybení individuálním lidským selháním, nikoliv neadekvátním systémovým nastavením modelu kontroly, přičemž u zjištěného pochybení nedošlo k překročení stanovených limitů.
233. Účastník řízení též namítá, že vytýkané jednání bylo napraveno v souladu s Plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.

Hodnocení správního orgánu

234. Správní orgán považuje námítky účastníka řízení za nepřipadné a uvádí následující. Kontrolní zjištění správního orgánu týkající se praktické realizace depozitářské kontroly ze strany účastníka řízení jednoznačně dokládají nevhodnost nastavení kontroly investičních limitů v případě fondu INVESTIKA realitní OPF. Správní orgán nepochybně nástroje používané depozitářem k provádění kontroly investičních limitů u daného nemovitostního fondu, tj. program MS Excel. Nedostatky byly identifikovány ve způsobu nastavení kontroly investičních limitů a také při praktickém provádění této kontroly v případě daného investičního fondu. Mezi povinnosti uložené depozitáři v čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR patří povinnost vypracovat a zavést vhodné postupy k ověření, že alternativní investiční fond a správce jedná v souladu s platnými právními předpisy a se statutem a zakládajícími dokumenty fondu. Tato povinnost se vztahuje mj. ke kontrole investičních limitů, přičemž kontrolní zjištění popsaná výše jednoznačně dokládají, že nedošlo v případě fondu INVESTIKA realitní OPF k jejímu naplnění.
235. K porušení povinnosti stanovené v čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR došlo tím, že účastník řízení pro účely kontroly investičních limitů v případě fondu INVESTIKA realitní OPF nezajistil vhodné nastavení kontroly a vhodný způsob jejího provádění. Individuální lidské

¹⁴⁹ Viz soubor 2019 INVESTIKA Portfolio, NAV, podílové listy.xlsx přijatý dne 2.4.2019 pod č.j. 2019/037651/CNB/580, bod 2. Předložený soubor je záznamem kontroly k 31.1.2019.

selhání, na které se odvolává účastník řízení, bylo zapříčiněno resp. umožněno právě neadekvátním systémovým nastavením modelu kontroly. V širším kontextu lze tento nedostatek přisuzovat i nedostatečnému fungování vnitřního kontrolního systému depozitáře, zejména neprovádění manažerské kontroly a nezavedení kontroly „čtyř očí“. Tím, že nebyly tyto prvky vnitřní kontroly u depozitáře zavedeny a uplatňovány, nedošlo k odhalení porušování povinnosti podle čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR.

236. Správní orgán vzal na vědomí, že účastník řízení přijal opatření k nápravě, kterým by uvedené pochybení měl do budoucna eliminovat, což bude ovšem možné ověřit až následným výkonem dohledu v této oblasti. Přijetí opatření k nápravě však nemůže zcela vést k zániku deliktů odpovědnosti účastníka řízení, ale bylo k němu přihlédnuto jako k polehčující okolnosti při stanovení výše sankce.

Závěr správního orgánu a právní kvalifikace

237. **Správní orgán má s ohledem na výše uvedené za prokázané, že účastník řízení tím, že v případě INVESTIKA realitní OPF k 31.1.2019¹⁵⁰ nezavedl a neuplatňoval vhodné postupy k ověření, že investiční fond a obhospodařovatel jednájí v souladu s platnými právními předpisy a se statutem a zakládacími dokumenty tohoto investičního fondu a dodržují investiční omezení, když výstup z kontroly neobsahoval ucelený přehled investičních limitů a jejich hraničních hodnot, které musí investiční fond dodržovat podle statutu a právních předpisů, kontrolní soubor neobsahoval data potřebná pro výpočet některých limitů, jednotlivé kroky kontroly dodržování investičních limitů nebyly plně rekonstruovatelné, a mohlo tak docházet k reálnému překračování investičních limitů, aniž by depozitář tuto skutečnost identifikoval, porušil povinnost podle čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR, a tak se dopustil přestupku podle § 612 odst. 1 písm. t) ZISIF ve znění účinném do 30.4.2020.**

(b) Kontrola investičních limitů týkajících se poskytnutých úvěrů

Skutková zjištění

238. Správní orgán zjistil, že kontrolní soubor depozitáře neobsahuje záznam o kontrole investičního limitu dle § 74 odst. 3 Nařízení vlády 243/2013, podle kterého součet hodnoty všech úvěrů a zápůjček poskytnutých z majetku fondu nemovitostí jedné nemovitostní společnosti nesmí překročit 50 % hodnoty všech nemovitostí v majetku této nemovitostní společnosti včetně hodnoty nabývaných nemovitostí. Účastník řízení uvedl¹⁵¹, že podíly v nemovitostních společnostech byly nabyty a následné poskytnutí úvěrů těmto společnostem bylo realizováno v období do 3 let od vzniku fondu, kdy fond nemusel tyto limity dodržovat, avšak zároveň připustil, že po uplynutí ochranné lhůty¹⁵² nezačal sledování tohoto limitu.

239. Správní orgán provedl vlastní propočty předmětného investičního limitu na základě podkladů poskytnutých účastníkem řízení, které mu slouží k provádění depozitářské

¹⁵⁰ K tomuto datu se vztahují údaje o stavu termínovaných vkladů a spořicíh účtů a úrocích z peněžních prostředků vložených na tyto účty, jejichž majitelem byla INVESTIKA realitní OPF, které účastníkovi řízení poskytl obhospodařovatel tohoto podílového fondu IS INVESTIKA v rámci emailové komunikace a údaje v kontrolních souborech předložených účastníkem řízení v průběhu kontroly.

¹⁵¹ Viz soubor *Vyjádření k dotazům Investika IRF.docx* přijatý e-mailem dne 22.5.2019 pod č.j. 2019/056072/CNB/580 ve složce 2 *Přijaté materiály* a podložkách 2019_056072_z 22.5.2019_email_DEP_podklady_vyžadane_30.4.2019_bod 1 a 1 na DVD 1, spis č.l. 7.

¹⁵² Nemovitostní fond vznikl dne 16.9.2015.

kontroly výpočtu NAV a investičních limitů a zjistil, že minimálně ke dni 28.2.2019 a 31.3.2019 došlo k překročení investičního limitu u dvou nemovitostních společností, v nichž má fond INVESTIKA realitní OPF podíl. Výsledky shrnují níže uvedené tabulky:

Stav k 28.2.2019 v Kč

Nemovitostní společnost	Hodnota nemovitosti ¹⁵³	Hodnota jistiny úvěru ¹⁵⁴	Hodnota úroků ¹⁵⁴	(jistina+úroky)/hod. nemovitosti
Investika Beta	522 734 042	304 786 635	10 027 698	60,22 %
Investika Gama	90 213 920	45 000 000	713 425	50,67 %

Stav k 31.3.2019 v Kč

Nemovitostní společnost	Hodnota nemovitosti ¹⁵⁵	Hodnota jistiny úvěru ¹⁵⁶	Hodnota úroků ¹⁵⁶	(jistina+úroky)/hod. nemovitosti
Investika Beta	522 734 042	304 786 635	11 063 138	60,42 %
Investika Gama	90 213 920	45 000 000	866 302	50,84 %

240. Uvedená překročení limitu účastník řízení v návaznosti na výsledky vlastního propočtu správního orgánu projednal s obhospodařovatelem fondu, od kterého obdržel odpověď¹⁵⁷, že v případě podílu v nemovitostní společnosti Investika Beta „aktuálně jedná o získání externího bankovního financování, které by mělo úvěr od fondu nahradit, čímž dojde k odstranění porušení, nejpozději do konce června 2019“. V případě nemovitostní společnosti Investika Gama obhospodařovatel fondu doplnil, že limit „není porušen, jelikož podíl jistiny úvěru na hodnotě úvěrovaných nemovitostí nepřekračuje 50 %“. K tomuto vyjádření správní orgán uvádí, že reálná hodnota úvěru zahrnuje i naběhlé úroky¹⁵⁸ a argument obhospodařovatele fondu neměl být depozitářem akceptován. V případě úvěrů poskytnutých nemovitostním společnostem Investika Beta a Investika Gama dokonce ani nedochází k průběžnému vyplácení úroků a očekává se jejich splacení v plné výši až v den splatnosti úvěru.

Námítky účastníka řízení

241. Účastník řízení namítá, že skutek má charakter pochybení, které bylo řádně napraveno v souladu s Plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.

¹⁵³ Viz soubor *IRF přehled SPV a hodnot podílů 2_2019.eml* přijatý dne 15.4.2019 (č.j. 2019/043275/CNB/580), ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložkách *2019_043275_z_15.4.2019_CD_DEP & BO_podklady* vyžádané 8.4.2019, *2 OK a a) emaily* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹⁵⁴ Viz soubor *IRF přehled půjček 2-2019.eml* přijatý dne 15.4.2019 pod č.j. 2019/043275/CNB/580 ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložkách *2019_043275_z_15.4.2019_CD_DEP & BO_podklady* vyžádané 8.4.2019, *2 OK a a) emaily* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹⁵⁵ Viz soubor *IRF - přehled podílů v SPV 3-2019.eml* přijatý dne 15.4.2019 pod č.j. 2019/043275/CNB/580, ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložkách *2019_043275_z_15.4.2019_CD_DEP & BO_podklady* vyžádané 8.4.2019, *2 OK a a) emaily* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹⁵⁶ Viz soubor *IRF Přehled půjček 3_2019.eml* přijatý dne 15.4.2019 pod č.j. 2019/043275/CNB/580 ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložkách *2019_043275_z_15.4.2019_CD_DEP & BO_podklady* vyžádané 8.4.2019, *2 OK a a) emaily* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹⁵⁷ Viz soubor *Vyjádření k dotazům Investika IRF.docx* přijatý e-mailem dne 22.5.2019 pod č.j. 2019/056072/CNB/580 ve složce *2_Přijaté materiály* a podsložkách *2019_056072_z_22.5.2019_email_DEP_podklady* vyžádané 30.4.2019 *bod 1* a podsložce *1* na DVD 1, spis č.l. 7.

¹⁵⁸ Naběhlé úroky tvoří nedílnou součást pohledávky z titulu poskytnutých úvěrů, a musejí tak být do výpočtu limitu zahrnuty (mj. z důvodu, že zvyšují úvěrové riziko).

Hodnocení správního orgánu

242. Správní orgán vzal na vědomí, že účastník řízení přijal opatření k nápravě, kterým by uvedené pochybení měl do budoucna eliminovat, což bude ovšem možné ověřit až následným výkonem dohledu v této oblasti. Přijetí opatření k nápravě však nemůže zcela vést k zániku deliktů odpovědnosti účastníka řízení, ale bylo k němu přihlédnuto jako k polehčující okolnosti při stanovení výše sankce.

Závěr správního orgánu a právní kvalifikace

243. **Správní orgán má s ohledem na výše uvedené za prokázané, že účastník řízení tím, že v případě INVESTIKA realitní OPF k 28.2.2019 a 31.3.2019¹⁵⁹ neprovedl kontrolu investičních limitů týkajících se poskytnutých úvěrů podle ustanovení § 74 odst. 3 Nařízení vlády 243/2013, porušil povinnost podle čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR, a dopustil se tak přestupku podle § 612 odst. 1 písm. t) ZISIF ve znění účinném do 30.4.2020.**

F. Další námitky účastníka řízení

244. Účastník řízení namítá, že správní orgán provedl nesprávnou právní kvalifikaci skutků ad (i) a ad (ii) ve výroku I. Příkazu (tj. neuchovávaní komunikace se zákazníky vedené přes nenahrávané telefonní linky a nahrávání telefonických hovorů přes aplikaci BeeMobile), neboť účastník řízení těmito skutky neporušil zákon, nejsou tedy přestupkem a nelze od nich odvozovat sankci. Vzhledem k tomu, že správní orgán v Příkaze při aplikaci absorpční zásady za nejzávažnější přestupek považoval neuchování záznamů podle § 17 ZPKT, tedy přestupek dle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022, ke kterému nedošlo, musí správní orgán při stanovení sankce vyjít z povahy a zjevně nižší závažnosti přestupků spáchaných ostatními skutky účastníka řízení.

245. Podle účastníka řízení má nejednoznačnost výkladu ZPKT ohledně uchování záznamů telefonických hovorů vést k mírnějšímu postupu správního orgánu. I v případě, že by extenzivní výklad správního orgánu byl právně možný, jednalo by se přinejmenším o výklad sporný či nejasný. Trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy, a proto každý právní předpis omezující svobody nebo ukládající povinnosti musí být vykládán přesně a v případě pochybností spíše ve prospěch účastníka řízení v souladu se základními principy trestání „*in dubio mitius*“ a „*in dubio pro libertate*“¹⁶⁰. Dále odkazuje na judikaturu, např. nález Ústavního soudu ze dne 15.12.2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02 a odbornou literaturu¹⁶¹, dle které podmínkou aplikace pravidla „*in dubio pro libertate*“ jsou rovnocenné výklady práva, což judikatura vyjadřuje různými obraty: (a) zákon připouští dvě možná řešení¹⁶², (b) zákon umožňuje vícero argumentačně podložených výkladů¹⁶³, (c) žádná výkladová alternativa není zjevně a jednoznačně přesvědčivější než ostatní,¹⁶⁴ (d) oba výklady dávají smysl¹⁶⁵; nebo (e) právní

¹⁵⁹ K těmto datům provedl správní orgán vlastní propočet investičních limitů.

¹⁶⁰ Je-li k dispozici více výkladů veřejnoprávní normy, je třeba volit ten, který vůbec, resp. co nejméně, zasahuje do toho kterého základního práva či svobody.

¹⁶¹ FRONC, Jaromír. Výklad ve prospěch adresátů správního práva a jeho limity. Správní právo. Číslo 7/2020. s 361. Dostupné z: <https://www.mvcr.cz/soubor/jaromir-fonc-pdf.aspx>.

¹⁶² Viz nález Ústavního soudu ze dne 21.10.2002, sp. zn. IV. ÚS 273/02.

¹⁶³ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.4.2011, č.j. 2 Afs 20/2011-77, bod 18.

¹⁶⁴ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2.8.2017, č.j. 2 Afs 62/2017-37, bod 33.

¹⁶⁵ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14.3.2018, č.j. 6 Afs 399/2017-26, bod 26.

otázka je sporná či nejasná¹⁶⁶. Pokud správní orgán stanoví účastníkovi řízení sankci za porušení povinnosti uchovávat záznamy podle ustanovení § 17 ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020, ukládá účastníkovi řízení sankci v rozporu s principy „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, „*in dubio mitius*“ a „*in dubio pro libertate*“.

246. Účastník řízení dále namítá, že správní orgán nezohlednil, že převážnou část komunikace účastníka řízení se zákazníky a potenciálními zákazníky v rozhodném období tvořila komunikace ohledně investičního poradenství, kterou neměl účastník řízení v rozhodném období povinnost nahrávat, resp. kde povinnost nahrávání byla minimálně sporná, a že většina investičního poradenství byla poskytována prostřednictvím osobních schůzek. Účastník řízení má (a měl i v rozhodném období) nastavené postupy, které znemožňují, aby samotná telefonická komunikace vyústila v přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka a potenciálního zákazníka. Tyto pokyny jsou předávány pouze prostřednictvím osobní schůzky s pracovníkem účastníka řízení, internetového bankovníctví, nebo Klientského centra, tj. samotné předání pokynu je uskutečněno vždy přes komunikační kanál, který byl řádně zaznamenáván.
247. Účastník řízení též namítá, že správní orgán nezohlednil nápravu tvrzených pochybení a nepřihlížel ke skutkovému stavu v době vydání Příkazu, přičemž pochybení uvedená v Příkazu mají povahu nepřilíš závažných pochybení (absence interních postupů účastníka řízení, bez způsobené škody či újmy jeho zákazníků), která byla dle Plánu nápravných opatření schváleného správním orgánem napravena. Tuto skutečnost by správní orgán měl vzít v úvahu a při stanovení výše pokuty v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu posuzovat skutkový a právní stav ke dni vydání rozhodnutí.¹⁶⁷
248. Účastník řízení navrhuje, aby správní orgán ve vztahu ke skutkům ad (i), ad (ii), ad (iii), ad (iv) a ad (vi)(a) zastavil řízení dle § 86 odst. 1 písm. a) přestupkového zákona, když tyto skutky nejsou přestupky a ve vztahu ke skutkům ad (v)(a), ad (v)(b) a ad (vi)(b) snížil sankci tak, aby zohledňovala povahu a zjevně nižší závažnost přestupků spáchaných těmito skutky. Nezastaví-li správní orgán řízení ve vztahu ke skutkům ad (i), ad (ii), ad (iii), ad (iv) a ad (vi)(a), navrhuje snížit sankci tak, aby správně zohlednila zejména nejednoznačnost právní úpravy a z toho plynoucí povinnost mírnějšího přístupu, konkrétní povahu a závažnost jednotlivých pochybení a nápravu většiny tvrzených pochybení.

G. Vyjádření správního orgánu k dalším námitkám účastníka řízení

249. Správní orgán považuje námitky účastníka řízení k sankci za nedůvodné, neboť má za to, že bylo výše dostatečně prokázáno, že účastník řízení v případě skutků uvedených v části I bodech (i) a (ii) výroku tohoto rozhodnutí porušil povinnost uchovat záznamy telefonických hovorů týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, a to i v případě, bylo-li jejich účelem uzavření takového obchodu nebo poskytnutí takové investiční služby, avšak k uzavření takového obchodu nebo poskytnutí takové investiční služby nedošlo. V této souvislosti odkazuje na argumentaci uvedenou v části E, bodech (i) a (ii) odůvodnění tohoto rozhodnutí. Správní orgán tak nespatřuje důvod, aby při ukládání sankce vycházel z povahy a závažnosti přestupků spáchaných ostatními skutky účastníka řízení nebo přistupoval ke snížení sankce.

¹⁶⁶ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10.2.2010, č.j. 1 Afs 1/2010-59.

¹⁶⁷ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16.8.2018, sp. zn. 1 As 165/2018-40.

250. Správní orgán rovněž nepovažuje výklad ZPKT ve znění účinném do 30.4.2020 týkající se uchování záznamů telefonických hovorů za nejednoznačný, sporný či nejasný, a proto nespátřuje opodstatnění pro mírnější postup ze strany správního orgánu a odkazuje na argumentaci v části E, bodech ad (i) a ad (ii) odůvodnění tohoto rozhodnutí.
251. K námitce účastníka řízení, že zavedl a v předmětném období disponoval postupy, které znemožňovaly přijmout pokyn zákazníka telefonicky, a že pokyny byly předávány pouze prostřednictvím osobní schůzky s pracovníkem účastníka řízení, internetového bankovníctví, nebo Klientského centra, správní orgán uvádí, že relevantní právní úprava nepožadovala a nepožaduje, aby byl pokyn zákazníka podán stejným způsobem jako komunikace, která k němu vedla. Samotné podání pokynu na osobní schůzce nebo prostřednictvím internetového bankovníctví či Klientského centra představuje v daném případě již jen formální vyústění předchozí komunikace a zakončení celého procesu směřujícího k podání pokynu. Pokud systém účastníka řízení umožňoval uskutečňovat se zákazníkem a potenciálním zákazníkem prostřednictvím telefonních linek komunikaci, která s podáním pokynů souvisela (byť k samotnému podání pokynů docházelo jinak než telefonicky), tedy veškerou související přípravnou komunikaci, domluvy a jednání, nerealizované pokyny a části jejich informací, včetně případného investičního poradenství, byl účastník řízení povinen takovou komunikaci nahrávat a archivovat, neboť z povahy věci nebylo možné zcela vyloučit, že již při telefonické komunikaci se zákazníkem nebo potenciálním zákazníkem v rámci poskytování investiční služby investiční poradenství by mohlo dojít k situaci, která by mohla vyústit v přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka a potenciálního zákazníka telefonicky, ačkoliv k tomu nakonec došlo jiným komunikačním kanálem. Správní orgán tak považuje námitku účastníka řízení ohledně jím nastavených postupů při poskytování investičního poradenství za nedůvodnou.
252. Správní orgán dále uvádí, že zohlednil nápravu tvrzených pochybení jako polehčující okolnost již v době vydání Příkazu. Současně správní orgán uvádí, že se v případě skutků uvedených v části I bodech ad (i) až ad (vi) (b) výroku tohoto rozhodnutí nejedná o marginální (nepříliš závažná) pochybení, což jasně dokládá argumentace správního orgánu uvedená v části E odůvodnění tohoto rozhodnutí.

H. Odůvodnění pokuty

253. Správní orgán konstatuje, že v době dokonání přestupků byl účastník řízení **profesionálním subjektem** působícím v oblasti poskytování bankovních služeb více než 26 let, a proto není možné přejít jeho pochybení, kterými naplnil skutkové podstaty celkem 8 přestupků. Účastník řízení nepochybně znal povinnosti obchodníka s cennými papíry při poskytování investičních služeb stanovené ZPKT a povinnosti depozitáře stanovené ZISIF, nařízením AIFMR a nařízením UCITS V.
254. **Uložení pokuty** považuje správní orgán v popsáném případě za nejefektivnější prostředek, který zajistí splnění individuálně a generálně preventivního i represivního účelu sankce.
255. K možné **liberaci** účastníka řízení dle § 21 odst. 1 a 2 přestupkového zákona správní orgán uvádí, že účastník řízení neprokázal, že by vynaložil veškeré úsilí, které po něm bylo možné požadovat, aby přestupkům zabránil.
256. Účastník řízení se dopustil v rámci **vícečinného souběhu** tří přestupků podle ZPKT a pěti přestupků podle ZISIF. Správní orgán uvádí, že se kromě přestupků ad (i) a ad (ii) vůči

sobě navzájem, přestupků ad (iv), ad (v)(a) a ad (v)(b) vůči sobě navzájem a přestupků ad (vi)(a) a ad (vi)(b) vůči sobě navzájem, jedná o vícečinný souběh nestejnorodý, neboť účastník řízení více skutky naplnil skutkové podstaty různých přestupků. V případě přestupků ad (i) a ad (ii) vůči sobě navzájem, přestupků ad (iv), ad (v)(a) a ad (v)(b) vůči sobě navzájem a přestupků ad (vi)(a) a ad (vi)(b) vůči sobě navzájem se jedná o vícečinný souběh stejnorodý, neboť účastník řízení dvakrát, resp. třikrát, byť různými formami jednání, naplnil skutkovou podstatu téhož přestupku. Jednání účastníka řízení ad (iii) přitom s povinností uchovávat záznamy komunikace, resp. neplněním této povinnosti, a tedy přestupky ad (i) a ad (ii) úzce souvisí, a stejně tak úzce souvisí i jednání účastníka řízení ad (iv) s plněním kontrolních povinností depozitáře, a tedy přestupky ad (v)(a), ad (v)(b), ad (vi)(a) a ad (vi)(b).

257. Při úvahách o konkrétní výši pokuty proto vyšel správní orgán z **absorpční zásady**, ze které ve smyslu § 41 přestupkového zákona vyplývá, že správní orgán ukládá účastníkovi řízení sankci za přestupek nejpřísněji trestný a v případě, že zákon stanoví pro sbíhající se přestupky shodné rozpětí sankcí, potom ukládá sankci za přestupek nejzávažnější. **Vzhledem ke shodnému rozpětí sankcí všech přestupků spáchaných účastníkem řízení v konkrétním případě správní orgán považuje za nejzávažnější přestupek obchodníka s cennými papíry podle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28.5.2022** spočívající v neuchování záznamů podle § 17 ZPKT. Přitom účastník řízení svým jednáním naplnil skutkovou podstatu tohoto přestupku hned dvakrát, když jednak neuchoval veškeré záznamy telefonických hovorů se zákazníky nebo potenciálními zákazníky týkající se investičních služeb [přestupek ad (i)], a jednak nezabránil pracovníkům výše uvedených segmentů jinak manipulovat nebo pozměňovat záznamy telefonických hovorů uskutečněných z mobilních telefonních linek, které těmto pracovníkům přidělil [přestupek ad (ii)]. Správní orgán především s ohledem na rozsah (počet nenahrávaných linek) shledal z těchto dvou přestupků **za závažnější přestupek ad (i)**. Správní orgán současně ke skutečnosti, že se účastník řízení při své činnosti dopustil ještě dalších dvou přestupků podle ZPKT a dalších pěti přestupků dle ZISIF, výrazně přihlížel při úvaze o konkrétní výši sankce v rámci zákonem stanoveného rozpětí, přičemž tyto skutečnosti zvyšují závažnost sankcionovaného protiprávního jednání a projevují se přísnější sankcí (projev prvku asperačního při použití absorpční zásady). Závažnost projednávaných přestupků pak zvyšuje fakt, že popsané nedostatky jsou systémového charakteru, případně jde o velmi závažná pochybení účastníka řízení v oblasti poskytování investičních služeb a pravidel jednání obchodníka s cennými papíry se zákazníky a potenciálními zákazníky, resp. komunikace se zákazníky a v oblasti výkonu činnosti depozitáře.

258. Správní orgán při **určování druhu správního trestu a jeho výměry přihlížel** v souladu s ustanovením § 37 přestupkového zákona k povaze a závažnosti přestupku, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a k povaze činnosti právnické osoby. Zmíněné ustanovení § 37 přestupkového zákona upravuje demonstrativní výčet faktorů, z nichž bylo možné vzhledem k charakteru přestupku uplatnit pouze výše jmenované.

259. Podle ustanovení § 38 přestupkového zákona je **povaha a závažnost** přestupku dána zejména: významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchaní přestupku, okolnostmi spáchaní přestupku, délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávním jednáním pachatele, a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku. Rovněž v tomto případě se jedná o demonstrativní výčet.

260. Pokud jde o **povahu** projednávaného přestupku, jde o **přestupek trvajících**, když podstata jeho spáchání spočívala v tom, že účastník řízení vyvolal protiprávní stav tím, že ode dne 3.11.2018¹⁶⁸ nezavedl nahrávání všech telefonních linek, které pracovníci účastníka řízení mohli používat ke komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, tedy nezavedl účinný systém uchovávání záznamů telefonické komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky v oblasti poskytování investičních služeb, a tento stav nadále svou nečinností udržoval až do konce sledovaného období dne 20.11.2018, kdy byl stále v prodlení s plněním povinnosti uchovávat záznamy dle § 17 ZPKT. Teprve dne 21.11.2018 dle vyjádření účastníka řízení došlo k nápravě uvedeného nedostatku zavedením nahrávání všech telefonních linek i v případě pracovníků segmentů Mass Market, MSE a osobní bankovníctví, a to prostřednictvím aplikace BeeMobile, nicméně tento systém uchovávání záznamů telefonických hovorů vykazoval nedostatky, které jsou předmětem přestupku ad (ii).
261. K povaze a závažnosti nejzávažnějšího přestupku ad (i), správní orgán dále uvádí, že jeho **objektem**, tedy zákonem chráněným zájmem, za který správní orgán ukládá sankci tímto rozhodnutím, je zájem správního orgánu na informovanosti o tom, jakým způsobem účastník řízení komunikuje se svými zákazníky a dále zda informace, které jim poskytuje, jsou úplné, pravdivé a kvalifikované. V případě nepořizování nahrávek hovorů je znemožněna průběžná kontrola kvality poskytovaných služeb.
262. Co se týče **významu a rozsahu následku přestupku**, lze uvést, že společenskou škodlivost reflektuje i § 164 odst. 4 ZPKT, když umožňuje za přestupek uložit pokutu až do výše 150 mil. Kč.
263. Pokud jde o **způsob spáchání přestupku**, jedná se o přestupek **omisivní** povahy, tedy nesplnění povinnosti uložené právními předpisy, neboť účastník byl povinen uchovat záznamy telefonických hovorů podle § 17 ZPKT.
264. Správní orgán konstatuje, že účastník řízení se protiprávního jednání dopouštěl v případě přestupku ad (i), který správní orgán považuje za nejzávažnější, po dobu více než 10 měsíců, aniž by došlo k nápravě.
265. Co se týče otázky **zavinění**, jedná se o přestupek založený na principu objektivní odpovědnosti, tedy odpovědnosti za výsledek, kdy se **konkrétní zavinění nezkoumá**.
266. Pokud jde o **účinek** protiprávního jednání účastníka řízení, k naplnění skutkové podstaty přestupku dochází bez ohledu na skutečnost, zda v konkrétním případě dojde příslušným jednáním ke vzniku škody na majetku zákazníků či nikoli. Vznik škody netvoří obligatorní znak skutkové podstaty tohoto přestupku. Správní orgán proto vznik škody podrobněji nezkoumal a nekvantifikoval.
267. Se stejnou pečlivostí, s jakou správní orgán zjišťoval a hodnotil závažnost protiprávního jednání účastníka řízení, vyhledával i **polehčující skutečnosti** svědčící ve prospěch účastníka řízení. Jako okolnost svědčící ve prospěch účastníka řízení hodnotil správní orgán to, že účastník řízení již **v průběhu Kontroly začal přijímat nápravná opatření** k odstranění zjištěných nedostatků, přičemž k 12.2.2021 již měla být všechna opatření

¹⁶⁸ Správní orgán konstatuje, že ze zjištění uvedených v kapitole 2.2. Protokolu o kontrole vyplývá, že účastník řízení povinnost uchovávat záznamy podle § 17 ZPKT neplnil ani přede dnem 3.1.2018.

k nápravě realizována¹⁶⁹. Přesto správní orgán v daném případě nepovažuje pouhé projednání věci v přestupkovém řízení za dostatečně účinné pro zajištění řádného plnění povinností ze strany účastníka řízení, zejména z hlediska toho, že účastník řízení spáchal přestupků více, ale za vhodnou sankci považuje uložení pokuty, a to i s ohledem na svou předchozí praxi v obdobných případech. Lze dodat, že skutečnou realizaci opatření k nápravě bude možno ověřit až provedením případné následné kontroly činnosti účastníka řízení.

268. Správní orgán se také zabýval **majetkovými poměry** účastníka řízení. Správní orgán vycházel při hodnocení majetkových poměrů z individuální účetní závěrky účastníka řízení za rok končící 31.12.2021¹⁷⁰, ze které vyplývá, že účastník řízení vykázal čistý zisk za účetní období roku 2021 ve výši 12 656 mil. Kč a jeho vlastní kapitál k 31.12.2021 činil 133 942 mil. Kč.
269. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem a v souladu s kontinuitou rozhodovací sankční praxe České národní banky správní orgán rozhodl uložit účastníku řízení **pokutu ve výši 3 000 000 Kč (slovy tři miliony korun českých)**, a to podle § 164 odst. 4 písm. a) ZPKT.
270. Výši ukládané pokuty považuje správní orgán s ohledem na její represivní účinek za **odpovídající**. Současně v rámci generální prevence dává správní orgán všem ostatním subjektům působícím v oblasti bankovníctví najevo, že jednání tímto způsobem porušující právní předpisy hodnotí jako velmi vysoce závažné a jeho nevyhnutelným následkem bude uložení peněžitého postihu v obdobné výši.

I. Výrok II. rozhodnutí - náhrada nákladů řízení

271. Podle ustanovení § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán účastníku řízení, který vyvolal správní řízení porušením své právní povinnosti, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Paušální částka je stanovena prováděcím předpisem ke správnímu řádu, kterým je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělků, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění vyhlášky č. 112/2017 Sb. Z ustanovení § 6 odst. 1 této vyhlášky vyplývá, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.
272. Vzhledem ke skutečnosti, že vedené správní řízení bylo, jak je podrobně uvedeno výše, vyvoláno tím, že účastník řízení porušil své právní povinnosti, uložil správní orgán účastníkovi řízení povinnost nahradit náklady tohoto správního řízení paušální částkou ve výši 1 000 Kč. Lhůta 30 dnů stanovená k zaplacení paušální částky nákladů správního řízení je pak zcela přiměřená s ohledem na výši stanovené povinnosti.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze podat rozklad podle ustanovení § 6 odst. 2 zákona o dohledu ve spojení s § 152 správního řádu k bankovní radě České národní banky, a to prostřednictvím sekce licenčních a sankčních řízení České národní banky, se sídlem

¹⁶⁹ Dne 12.2.2021 správní orgán obdržel poslední pravidelnou informaci o splnění plánu nápravných opatření přijatých ke zjištění uvedeným v Protokolu o kontrole, ve které účastník řízení uvádí, že „v současné chvíli jsou již veškerá opatření přijatá k protokolu ČNB realizována“. Viz příloha spisu č.l. 82 až 104.

¹⁷⁰ https://www.csas.cz/static_internet/cs/Redakce/Ostatni/Ostatni_IE/Prilohy/vz-2021.pdf

Na Příkopě 28, 115 03 Praha 1. Lhůta pro podání rozkladu činí podle ustanovení § 83 odst. 1 správního řádu ve spojení s ustanovením § 152 odst. 5 téhož zákona 15 dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí.

Ing. Karel Gabrhel, LL.M.
ředitel sekce licenčních a sankčních řízení
podepsáno elektronicky

v z. Mgr. Ing. Tomáš Růžička
Mgr. et Mgr. Petra Chroustovská
ředitelka odboru sankčních řízení
podepsáno elektronicky

- **rozhodnutí bankovní rady České národní banky o rozkladu č.j. 2023/5224/CNB/110 ze dne 12. ledna 2023, sp.zn. Sp/2019/596/573**

V Praze dne 12. ledna 2023
Č. j.: 2023/005224/CNB/110
Počet stran: 38
Vypraveno dne: 13. ledna 2023

ROZHODNUTÍ O ROZKLADU

Bankovní rada České národní banky (dále „bankovní rada“) jako orgán příslušný podle § 5 odst. 2 písm. h) zákona č. 6/1993 Sb., o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů (dále „zákon o České národní bance“) rozhodovat o rozkladech proti rozhodnutím České národní banky v prvním stupni přezkoumala na základě rozkladu podaného dne 13. 9. 2022 společností Česká spořitelna, a.s., IČO 45244782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4, zastoupenou [REDAKCE], IČO [REDAKCE], se sídlem [REDAKCE], a dále doplněného podáními ze dne 7. 10. 2022 a 21. 11. 2022, rozhodnutí České národní banky č. j. 2022/85885/570 ze dne 29. 8. 2022, sp. zn. Sp/2019/596/573, a po projednání rozkladu v rozkladové komisi ustavené podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále „správní řád“) rozhodla takto:

Rozhodnutí České národní banky č. j. 2022/85885/570 ze dne 29. 8. 2022 se

- I. v části výroku I o správním trestu podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu ve spojení s § 46c zákona o České národní bance mění tak, že slova „3 000 000 Kč (slovy tři miliony korun českých)“ se nahrazují slovy „2 750 000 Kč (slovy dva miliony sedm set padesát tisíc korun českých)“.**
- II. ve zbytku podle § 90 odst. 5 správního řádu ve spojení s § 46c zákona o České národní bance potvrzuje a rozklad se v tomto rozsahu zamítá.**

ODŮVODNĚNÍ

[1.] Dne 17. 12. 2018 byla zahájena u společnosti Česká spořitelna, a.s., IČO 45244782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4 (dále „účastník řízení“) doručením oznámení o zahájení kontroly č. j. 2018/147058/CNB/580 ze dne 14. 12. 2018 kontrola na místě. O provedené kontrole byl dne 28. 6. 2019 pořízen protokol o kontrole č. j. 2019/073932/CNB/580, s nímž byl účastník řízení seznámen, když mu bylo doručeno jedno vyhotovení dne 1. 7. 2019.

[2.] Dne 19. 2. 2021 zahájila Česká národní banka jako správní orgán prvního stupně (dále „správní orgán prvního stupně“) s účastníkem řízení přestupkové řízení vydáním příkazu č. j. 2021/18831/570 (dále „příkaz“), který byl doručen účastníkovi řízení dne 22. 2. 2021, když proti příkazu byl správnímu orgánu prvního stupně ve lhůtě dne 1. 3. 2021 doručen odpor účastníka řízení.

[3.] Dne 29. 8. 2022 vydal správní orgán prvního stupně rozhodnutí č. j. 2022/85885/570 (dále „napadené rozhodnutí“), kterým uznal v části I výroku účastníka řízení vinným tím, že

(i) neuchoval veškeré záznamy telefonických hovorů se zákazníky a potenciálními zákazníky týkajících se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, za období od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018, když v případě pracovních pozic

investiční specialisté, Erste Premier a Erste Private banking v období od 3. 1. 2018 do 17. 6. 2018 a v případě pracovníků segmentů Mass market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) v období od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018 používal ke komunikaci se zákazníky a potenciálními zákazníky nenahrávané telefonní linky (účastníkem řízení označeno jako „skutek 1“),

(ii) nezajistil v případě mobilních telefonních linek přidělených pracovníkům segmentů Mass Market, MSE a osobní bankovníctví (Mass Affluent) v období od 21. 11. 2018 do 14. 7. 2020 takový systém uchování záznamů telefonických hovorů, který by znemožňoval s těmito záznamy jinak manipulovat nebo je pozměňovat, když používal k nahrávání telefonických hovorů se zákazníky nebo potenciálními zákazníky uskutečněných z těchto linek aplikaci BeeMobile, jejíž nastavení umožňovalo jeho pracovníkům rozhodnout, zda telefonické hovory zaznamenají, a tedy uchovají, či nikoliv (účastníkem řízení označeno jako „skutek 2“),

(iii) k 21. 11. 2018 v případě útvaru 3710 – Obchody treasury pro firemní klienty, k 22. 11. 2018 v případě útvaru 3730 – Správa aktiv pro institucionální klienty a k 13. 1. 2019 v případě útvaru 3720 – Obchody na kapitálových trzích pro institucionální klienty nezajistil, aby jeho řídicí a kontrolní systém zahrnoval řádné administrativní postupy v oblasti uchování záznamů komunikace se zákazníkem týkající se investičních služeb a záznamy komunikace s potenciálním zákazníkem, když do svých vnitřních předpisů nezpracoval povinnost pracovníků těchto útvarů pořizovat záznamy z osobních jednání se zákazníky týkajícími se investičních služeb a záznamy z osobních jednání s potenciálními zákazníky (účastníkem řízení označeno jako „skutek 3“),

(iv) ke dni 14. 2. 2019 neplnil řádně kontrolní povinnosti depozitáře investičního fondu, když neprováděl s výjimkou oblasti oceňování zpětně doložitelné systematické ověřování vhodnosti postupů a procesů investičních společností či samosprávných investičních fondů, pro které vykonával činnost depozitáře, s výjimkou fondů kvalifikovaných investorů, jejichž obhospodařovatelé nejsou oprávněni přesáhnout rozhodný limit (účastníkem řízení označeno jako „skutek 4“),

(v) v případě investičního fondu INVESTIKA realitní otevřený podílový fond neprováděl řádně kontrolu, zda byla v souladu se zákonem č. 240/2013 Sb., o investičních společnostech a investičních fondech, ve znění pozdějších předpisů (dále „ZISIF“), Nařízením Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 231/2013 ze dne 19. 12. 2012, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/61/EU, pokud jde o výjimky, obecné podmínky provozování činnosti, depozitáře, pákový efekt, transparentnost a dohled, ve znění pozdějších předpisů (dále „nařízení AIFMR“), statutem tohoto fondu a ujednáními depozitářské smlouvy vypočítána aktuální hodnota podílového listu a oceňován majetek a dluhy tohoto investičního fondu, když

(a) k 31. 1. 2019 nezávisle neověřil stanovení hodnoty alikvotního úrokového výnosu z půjček v majetku tohoto investičního fondu a stanovení hodnoty nemovitostních společností v majetku tohoto investičního fondu k datu stanovení čisté hodnoty aktiv tohoto investičního fondu, neboť nedisponoval nezávislými zdroji informací pro účely této kontroly a své kontrolní postupy sdílel s INVESTIKA investiční společností, a.s., pro kterou vykonával činnost depozitáře (účastníkem řízení označeno jako „skutek 5“), a

(b) v období od 30. 6. 2018 do 30. 10. 2018 řádně neověřoval, zda při stanovení hodnoty nemovitostí v majetku tohoto investičního fondu byl výběrem odborníků INVESTIKA investiční společnost, a.s., použit vhodný a soudržný postup oceňování aktiv tohoto investičního fondu a zda jsou zvolené postupy nadále efektivní a

věrohodné, neboť nedisponoval dostatečným zdrojem informací pro provedení této kontroly (účastníkem řízení označeno jako „skutek 6“),

(vi) v případě investičního fondu INVESTIKA realitní otevřený podílový fond

(a) k 31. 1. 2019 nezavedl a neuplatňoval vhodné postupy k ověření, že investiční fond a obhospodařovatel jednají v souladu s platnými právními předpisy a se statutem a zakládacími dokumenty investičního fondu a dodržují investiční omezení, neboť výstup kontroly neobsahoval ucelený přehled investičních limitů a jejich hraničních hodnot, které musí investiční fond dodržovat podle statutu a právních předpisů, kontrolní soubor neobsahoval data potřebná pro výpočet některých limitů, jednotlivé kroky kontroly dodržování investičních limitů nebyly plně rekonstruovatelné, a mohlo tak docházet k reálnému překračování investičních limitů, aniž by depozitář tuto skutečnost identifikoval (účastníkem řízení označeno jako „skutek 7“), a

(b) ke dni 28. 2. 2019 a 31. 3. 2019 neprovedl kontrolu investičních limitů týkajících se poskytnutých úvěrů podle ustanovení § 74 odst. 3 nařízení vlády č. 243/2013 Sb., o investování investičních fondů a technikách k jejich obhospodařování, v relevantním znění (dále „nařízení vlády č. 243/2013 Sb.“), (účastníkem řízení označeno jako „skutek 8“).

[4.] Shora popsáním jednáním ve výroku I napadeného rozhodnutí se účastník řízení v případě jednání ad (i) této části výroku dopustil porušení povinnosti podle § 17 odst. 2 zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění účinném do 30. 4. 2020 (dále „ZPKT ve znění do 30. 4. 2020“) ve spojení s § 17 odst. 1 zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů (dále „ZPKT“) a v případě jednání ad (ii) porušení povinnosti podle § 17 odst. 4 písm. a) ZPKT ve spojení s § 17 odst. 1 a 2 ZPKT a dále s čl. 72 odst. 1 písm. c) Nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2017/565 ze dne 25. 4. 2016, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/65/EU, pokud jde o organizační požadavky a provozní podmínky investičních podniků a o vymezení pojmů pro účely zmíněné směrnice, ve znění pozdějších předpisů (dále „nařízení 2017/565“). Dále v případě jednání ad (iii) výroku I napadeného rozhodnutí účastník řízení porušil povinnost podle § 12 odst. 1 písm. e) zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění účinném do 28. 5. 2022 (dále „ZPKT ve znění účinném do 28. 5. 2022“) ve spojení s § 10 odst. 3 písm. a) bodem 1 vyhlášky č. 163/2014 Sb., o výkonu činnosti bank, spořitelních a úvěrních družstev a obchodníků s cennými papíry, ve znění pozdějších předpisů (dále „vyhláška č. 163/2014 Sb.“). V případě jednání ad (iv) výroku I napadeného rozhodnutí účastník řízení porušil povinnost podle § 73 odst. 1 ZISIF ve spojení s § 73 odst. 4 zákona č. 240/2013 Sb., o investičních společnostech a investičních fondech, ve znění účinném do dne 30. 4. 2020 (dále „ZISIF ve znění do 30. 4. 2020“), čl. 92 odst. 2 AIFMR a čl. 3 odst. 2 Nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 2016/438 ze dne 17. 12. 2015, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/65/ES, pokud jde o povinnosti depozitářů, ve znění pozdějších předpisů (dále „nařízení UCITS V“). Pokud jde o jednání popsané v části ad (v) výroku I napadeného rozhodnutí, účastník řízení porušil povinnost podle § 73 odst. 1 písm. b) a c) ZISIF ve spojení s § 73 odst. 4 ZISIF ve znění do 30. 4. 2020, čl. 92 odst. 2 a čl. 94 odst. 1 nařízení AIFMR. Pokud jde o jednání popsané v části ad (vi) výroku I napadeného rozhodnutí, účastník řízení porušil povinnost podle čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR.

[5.] Jednáním popsáním v částech ad (i) a (ii) výroku I napadeného rozhodnutí se účastník řízení dopustil jako obchodník s cennými papíry přestupku podle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28. 5. 2022. Jednáním popsáním v části ad (iii) výroku I napadeného rozhodnutí se účastník řízení dopustil jako obchodník s cennými papíry přestupku podle § 164 odst. 1 písm. e) ZPKT ve znění účinném do 28. 5. 2022. Jednáním popsáním

v částech ad (iv), ad (v) (a) a ad (v) (b) výroku I napadeného rozhodnutí se účastník řízení dopustil přestupku depozitáře investičního fondu podle § 612 odst. 1 písm. n) ZISIF. Dále se účastník řízení jednáním ad (vi) (a) a ad (vi) (b) výroku I napadeného rozhodnutí dopustil přestupku depozitáře investičního fondu podle § 612 odst. 1 písm. t) ZISIF ve znění do 30. 4. 2020. Za tyto přestupky byla s využitím absorpční zásady účastníkovi řízení uložena podle § 164 odst. 4 ZPKT pokuta ve výši 3 000 000 Kč.

[6.] Výrokem II napadeného rozhodnutí správní orgán prvního stupně uložil účastníkovi řízení podle § 79 odst. 5 správního řádu ve vazbě na § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění vyhlášky č. 112/2017 Sb. náhradu nákladů řízení ve výši 1 000 Kč.

[7.] Dne 13. 9. 2022 podal účastník řízení prostřednictvím svého právního zástupce v zákonné 15denní lhůtě blanketní rozklad proti napadenému rozhodnutí, který dále doplnil o důvody a podrobnou argumentaci dne 7. 10. 2022 a dále stručnějším podáním ze dne 21. 11. 2022 nadepsaným „shrnutí argumentace v rozkladu“ (blanketní rozklad, doplnění rozkladu a shrnutí argumentace v rozkladu jsou společně dále označovány jako „rozklad“).

[8.] V prvním podání (blanketní rozklad) navrhl účastník řízení bankovní radě, aby napadené rozhodnutí zrušila v celém rozsahu s tím, že rozklad doplní o důvody ve lhůtě 20 pracovních dnů. V doplnění rozkladu účastník řízení navrhl bankovní radě, aby ve vztahu ke skutkům jím označeným jako 1, 2, 3, 4 a 7 zastavila správní řízení podle § 86 odst. 1 písm. a) zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále „přestupkový zákon“), jelikož tyto skutky nejsou podle názoru účastníka řízení přestupky. Ve vztahu ke skutkům 5, 6 a 8 navrhl účastník řízení, aby bankovní rada snížila uloženou pokutu, tak aby zohledňovala povahu a zjevně nižší závažnost přestupků spáchaných těmito skutky. V doplnění rozkladu účastník řízení předložil bankovní radě také alternativní návrh, aby bankovní rada v případě nezastavení správního řízení podle návrhu účastníka řízení alespoň snížila uloženou pokutu tak, aby pokuta dostatečně zohlednila nejednoznačnost právní úpravy, a z toho plynoucí údajnou povinnost správního orgánu postupovat v takových případech mírněji, a dále aby zohlednila konkrétní povahu a závažnost jednotlivých pochybení a nápravu většiny tvrzených pochybení účastníkem řízení. Dne 21. 11. 2022 zaslal účastník řízení shrnutí argumentace v rozkladu, ve kterém se soustředil na to, že k porušení povinnosti nahrávat komunikaci se zákazníky nemohlo dojít u investiční služby investiční poradenství, a účastník řízení proto nesouhlasí s právní kvalifikací skutků 1, 2 a 3. V tomto posledním podání účastník řízení předložil také rekapitulaci svého návrhu (tj. aby bankovní rada ve vztahu ke skutkům 1 až 4 a 7 správní řízení zastavila, ve vztahu ke skutkům 5, 6 a 8 snížila uloženou pokutu).

[9.] *V řízení o rozkladu přezkoumala bankovní rada napadené rozhodnutí v rozsahu uvedeném v § 98 odst. 1 přestupkového zákona.*

[10.] Bankovní rada po přezkoumání napadeného rozhodnutí a řízení, které mu předcházelo, dospěla k závěru, že správní orgán prvního stupně zjistil stav věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, a zjistil rozhodné skutečnosti odůvodňující vydání napadeného rozhodnutí. K posouzení § 17 odst. 2 ZPKT bankovní radou, a to v návaznosti na v čase možné a odůvodněné výklady tohoto ustanovení, odkazuje bankovní rada na podrobné odůvodnění tohoto rozhodnutí níže.

[11.] S ohledem na rozsah rozkladové argumentace (jen doplnění rozkladu představuje 43 stran textu) bankovní rada stručně v úvodu shrnuje námítky účastníka řízení. Účastník řízení argumentuje ve vztahu ke skutku 1 (neuchovávaní komunikace se zákazníky vedené přes nenahrávané telefonní linky) gramatickým, teleologickým, systematickým a historickým

výkladem (příčemž odkazuje mj. na důvodové zprávy k novelám ZPKT a RIA¹). Dále také podává výklad ústavně-konformní (nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá, *nullum crimen, nulla poena sine lege*)² a argumentuje výkladem euro-konformním (účastník řízení odkazuje na výklady ESMA³ a porovnává je se stanovisky České národní banky). Účastník řízení namítá též rozpornost závěrů správního orgánu prvního stupně s právní úpravou ochrany osobních údajů podle obecného nařízení o ochraně osobních údajů (dále „GDPR“).⁴ Tyto námitky účastníka řízení k rozsahu nahrávání a uchovávání telefonické komunikace se zákazníky lze proto s ohledem na jejich rozsah a propracovanost považovat za zásadní z pohledu účastníka řízení. Ve vztahu k ostatním skutkům je již argumentace účastníka řízení stručnější. Bankovní rada nepřehlédla ani to, že účastník řízení připouští pochybení u skutků 5, 6 a 8, neboť v zásadě namítá jen to, že šlo o pochybení, která již byla účastníkem řízení napravena v souladu s Českou národní bankou schváleným harmonogramem nápravných opatření, s tím, že námitky v této části rozkladu směřují zejména k výši sankce, jež podle účastníka řízení dostatečně nezohledňuje povahu a nižší závažnost přestupků ani polehčující okolnosti. Provedenou nápravou jako podstatnou okolností pro posouzení závažnosti skutků a uložení nižší pokuty argumentuje účastník řízení také u skutku 1 (neuchovávání komunikace se zákazníky vedené přes nenahrávané telefonní linky), u skutku 2 (nahrávání telefonických hovorů provedených přes BeeMobile), skutku 3 (nezpracování povinnosti pořizovat záznamy z jednání do vnitřního předpisu), skutku 4 (porušení kontrolních povinností depozitáře) a skutku 7 (kontrolní postupy a přípustná skladba majetku INVESTIKA). Argumentace pro snížení uložené pokuty tak představuje druhý okruh pro účastníka řízení stěžejních námitek.

I. Námitky k neuchovávání komunikace se zákazníky vedené přes nenahrávané telefonní linky [přestupek ad (i) výroku I, skutek 1]

[12.] *Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně skutek nesprávně právně kvalifikoval, neboť nepřipustně extenzivně vykládá rozsah povinně nahrávané komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky (společně dále označováni jako „zákazníci“). Výklad správního orgánu prvního stupně je podle účastníka řízení v rozporu s (a) gramatickým, (b) teleologickým, (c) euro-konformním, jakož i (d) systematickým výkladem ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, (e) v rozporu s GDPR a (f) zásadou nullum crimen, nulla poena sine lege. Účastník řízení má za to, že neporušil povinnost podle ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 ve spojení s ustanovením § 17 odst. 1 téhož zákona ve shodném znění. Dále uvádí, že provedl nápravu podle plánu nápravných opatření schválených Českou národní bankou.*

[13.] Bankovní rada konstatuje, že námitky účastníka řízení považuje za částečně důvodné. Podle bankovní rady lze skutečně ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, tj. ve znění, které bylo účinné v období od 3. 1. 2018, kdy byla transponována do českého právního řádu směrnice MiFID II zákonem č. 204/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (dále „novela ZPKT transponující MiFID II“), do 30. 4. 2020, kdy došlo k adaptaci zákona o podnikání na kapitálovém trhu na novou právní úpravu prospektu obsaženou v nařízení o prospektu, a to zákonem č. 119/2020 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti regulace podnikání na finančním trhu (dále „novela ZPKT adaptující nařízení o prospektu“), do jisté míry (když bankovní rada například nesouhlasí s výkladem účastníka řízení ohledně nenahrávání investiční služby investiční poradenství, jak se podává dále v tomto rozhodnutí

¹ Regulatory Impact Assessment (Analýza dopadů regulace).

² Žádný zločin, žádný trest bez zákona.

³ European Securities and Market Authority (Evropský orgán pro cenné papíry a trhy).

⁴ General Data Protection Regulation (GDPR), plný název: Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů).

o rozkladu) vykládat tak, jak činí účastník řízení. Je třeba totiž přihlídnout zejména ke skutečnosti, že novelou ZPKT adaptující nařízení o prospektu došlo i k provedení s adaptací nesouvisejících změn v § 17 odst. 2 ZPKT, které reagovaly na právní nejistotu ohledně rozsahu nahrávání vnímanou některými tržními subjekty, a jak lze dovodit z důvodové zprávy, podobně situaci vnímal předkladatel zákona.

[14.] Současně bankovní rada nepovažuje výklad ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 zastávaný správním orgánem prvního stupně za zcela nesprávný, zejména je-li přihlíženo k výkladu teleologickému (dle účelu právní normy), k předešlé konzistentní rozhodovací praxi správního orgánu prvního stupně, právní úpravě účinné do přijetí novely ZPKT transponující MiFID II (tj. do dne 2. 1. 2018), jakož i k platnému a účinnému znění ZPKT po přijetí novely ZPKT adaptující nařízení o prospektu (tj. ode dne 1. 5. 2020).

[15.] S přihlédnutím k několikerým změnám relevantní právní úpravy však mohla být podle bankovní rady do určité míry založena u účastníka řízení nejistota ohledně správného chápání a výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Současně bankovní rada nepovažuje odůvodnění této nejistoty, která měla být u účastníka řízení dána v době spáchání přestupků, *ex post* zpracovanou důvodovou zprávou a zprávou RIA za přesvědčivé (k nenahrávání došlo v období vymezeném od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018), a to tím spíše, že existovalo výkladové stanovisko České národní banky (dále „výkladové stanovisko“).⁵ Při zvážení všech těchto okolností, ať už ve prospěch, nebo neprospěch účastníka řízení, je posouzení věci ze strany správního orgánu prvního stupně nutné do jisté míry přehodnotit s ohledem na zásadu *in dubio mitius* (v případě pochybnosti je potřeba rozhodovat mírněji).

[16.] Bankovní rada však zdůrazňuje, že rozdílnost názorů a výkladů o rozsahu nahrávání investičních služeb mezi správním orgánem prvního stupně a účastníkem řízení, jak se podává z napadeného rozhodnutí a rozkladu, není podstatná pro závěr o tom, zda se přestupky účastníka řízení staly, či nestaly a jak je právně kvalifikovat (významná může být pro posouzení závažnosti přestupků a rozhodnutí o výši pokuty). Důvodem je to, že podstatou skutků označených účastníkem řízení jako 1 a 2 je používání nenahrávaných telefonních linek k poskytování investičních služeb, včetně investiční služby přijímání a předávání pokynů a provádění pokynů, a dále používání aplikace BeeMobile, jejíž nastavení umožňovalo pracovníkům účastníka řízení rozhodnout, zda telefonické hovory týkající se investičních služeb zaznamenají, a tedy uchovají, či nikoli.

[17.] Podle bankovní rady je pro posouzení závažnosti přestupku účastníka řízení, ke kterému došlo v období od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018 (tj. v době, kdy byl účinný ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, avšak již byla zrušena vyhláška č. 303/2010 Sb.), podstatné, v jakém rozsahu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 zahrnuje také poskytování investiční služby investiční poradenství. Bankovní rada nesouhlasí s účastníkem řízení, že by při restriktivním výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 měla právní úprava vylučovat z nahrávání investiční službu investiční poradenství *en bloc*. K tomu lze odkázat na odpověď č. 13 uveřejněnou ESMA k výkladu MiFID z roku 2017⁶ a dále zejména

⁵ <https://www.cnb.cz/cs/dohled-financni-trh/legislativni-zakladna/stanoviska-k-regulaci-financniho-trhu/RS2017-06/>

⁶ „Article 16 (7) only requires the recording of communications in relation to the client order services mentioned above. However, the second subparagraph of Article 16(7) also requires those conversations and communications that are “intended to result in” the provision of these services to be recorded. **In practice, other investment services like investment advice (paragraph (5) of Annex I, Section A) may be provided at the point when there is an intention to provide a client order services. In this case, the content of the advisory service would need to be recorded, as it would de facto be in scope of Article 16(7) of MiFID II.** ESMA notes that Members States may also decide to extend the requirements further to other MiFID services, or non-MiFID services and products.” (pozn. zvýrazněno bankovní radou).

na jazykový a teleologický výklad § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, srov. v té souvislosti mj. větu druhou § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020.

[18.] Klíčová pro další posouzení případu účastníka řízení je ta okolnost, že komunikace mezi zákazníky a pracovníky účastníka řízení v případech doložených v napadeném rozhodnutí nebyla účastníkem řízení nahrávána vůbec, přestože podle ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 alespoň v nějakém rozsahu nahrávána být měla (srov. body 30 až 33 napadeného rozhodnutí). Výklad podaný účastníkem řízení tedy nemá vliv na závěr správního orgánu prvního stupně, že se skutky 1 a 2 staly, ani na to, že je správní orgán prvního stupně správně podřadil pod skutkovou podstatu vytýkaných přestupků. To platí tím spíše, že ve výroku I napadeného rozhodnutí odkazuje správní orgán prvního stupně na v té době platná a účinná ustanovení ZPKT, a to jak označením příslušných ustanovení, tak jejich citací.

[19.] Bankovní rada připouští, že výklad pro věc rozhodného znění ZPKT zastávaný správním orgánem prvního stupně je ve vztahu k restriktivnímu výkladu § 17 odst. 2 ve znění do 30. 4. 2020, k němuž je třeba v souladu se zásadou *in dubio mitius* přihlížet, poněkud širší. Nicméně bankovní rada zdůrazňuje, že nahrávat komunikaci se zákazníky bylo potřeba v určitém rozsahu i podle pro věc relevantního znění ZPKT (ZPKT ve znění do 30. 4. 2020). Při použití eurokonformního výkladu pro věc rozhodného znění zákona pak bylo třeba zaznamenat vedle investiční služby přijímání a předávání pokynů a investiční služby provádění pokynů minimálně také telefonní hovor vztahující se k investiční službě investiční poradenství, jestliže na základě tohoto hovoru došlo nebo mohlo dojít k zadání pokynu vztahujícího se k investičnímu nástroji. Podle současného znění ZPKT je pak nutno nahrávat investiční službu investičního poradenství vždy (byť by nevyústila a ani nemohla v daném ani pozdějším hovoru – např. v důsledku organizačních opatření u účastníka řízení – vyústit v přijetí, předání nebo provedení pokynu). Bankovní rada dále zdůrazňuje, že telefonní hovory týkající se služby investiční poradenství musely být nahrávány v plném rozsahu i před přijetím novely ZPKT transponující MiFID II, tj. do 2. 1. 2018, a to s ohledem na tehdy platnou a účinnou vyhlášku č. 303/2010 Sb., o podrobnější úpravě některých pravidel při poskytování investičních služeb (dále „vyhláška č. 303/2010 Sb.“), případně dříve vyhlášku č. 237/2008 Sb., o podrobnostech některých pravidel při poskytování investičních služeb (dále „vyhláška č. 237/2008 Sb.“), která stanovila obdobnou povinnost už od 1. 7. 2008. Obě vyhlášky byly vydány k provedení ZPKT právě pro případy, že ke komunikaci se zákazníkem dochází prostředky komunikace na dálku.

[20.] Bankovní rada připouští, že nahlíženo optikou správního orgánu prvního stupně byly skutky 1 a 2 závažnější (bylo vyžadováno zaznamenávání komunikace ve větším rozsahu), než by byly v případě, že by věc byla posuzována při zaujetí restriktivního výkladu. Podle bankovní rady však jde ve skutečnosti o otázku adekvátního posouzení závažnosti přestupků účastníka řízení, nikoli toho, zda se přestupky na straně účastníka řízení staly (účastník řízení nenahrával vůbec, ač nahrávat měl, třebaže v užším rozsahu, než vyplývá z přístupu správního orgánu prvního stupně). Bankovní rada znovu zdůrazňuje, že užší výklad ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 tedy nemění nic na tom, že se přestupky staly, protože nahráváno účastníkem řízení nebylo vůbec, ač v určitém rozsahu nahráváno být mělo. To platí tím spíše, že právní nejistota mohla být u účastníka řízení dána jen po přechodnou dobu vymezenou účinností novely ZPKT transponující MiFID II, kterou byla zrušena právní úprava ve vyhlášce č. 303/2010 Sb., a přijetím novely ZPKT adaptující nařízení o prospektu, tj. v období mezi 3. 1. 2018 a 1. 5. 2020. Přičemž důvodovou zprávou a zprávou RIA nemůže být bez dalšího dokládána nejistota na straně účastníka řízení v době spáchání přestupků, když důvodová zpráva a zpráva RIA, kterých se účastník řízení dovolává ve svůj prospěch, byly zpracovány až později.

[21.] Bankovní rada závěrem této části pro přehlednost konstatuje, že správní orgán prvního stupně při posouzení přestupků účastníka řízení sice navázal na svoji letitou a ustálenou rozhodovací praxi, která na trhu byla známa, ale adekvátně nezohlednil okolnost, že došlo ke zrušení podzákoné právní úpravy, která stavěla rozsah nahrávání a uchovávání telefonních hovorů se zákazníkem najisto. Naopak účastník řízení ve své rozkladové argumentaci dovozuje, že je mu kladeno za vinu porušení povinnosti nahrávat, která zákonem stanovena nebyla, ač zjevné je, že § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 obsahoval povinnost nahrávat minimálně komunikaci týkající se některých investičních služeb, a to včetně investiční služby investiční poradenství. Bankovní rada nepřehlédla ani to, že v relativně dlouhém období od 1. 7. 2008 do 2. 1. 2018 nebylo pochyb o rozsahu nahrávání požadovaném správním orgánem prvního stupně, tj. širším rozsahu, než namítá účastník řízení, a že byla dána konzistentní rozhodovací praxe, která trvala i nadále po 3. 1. 2018 a tržní subjekty o ní byly transparentně ze strany České národní banky informovány výkladovým stanoviskem, a to včetně pasáže týkající se dohledové praxe pro období po 3. 1. 2018 (v době vydání stanoviska šlo o vyjádření k budoucí zákonné úpravě nahrávání). Není tedy pochyb o povinnosti účastníka řízení nahrávat v rozhodném období telefonní hovory se zákazníky týkající se minimálně investiční služby přijímání a předávání pokynů a služby spočívající v provádění pokynů. Bezpečně lze eurokonformním a teleologickým výkladem dovodit, že bylo třeba nahrávat též investiční službu investiční poradenství, a to alespoň v určitém rozsahu.

[22.] Pokud jde o nápravná opatření a jejich možný dopad na závažnost přestupků účastníka řízení a výši uložené sankce, odkazuje bankovní rada na vypořádání námitek účastníka řízení pokutě v části IX tohoto rozhodnutí o rozkladu.

(a) výklad gramatický

[23.] *Účastník řízení namítá, že výklad správního orgánu prvního stupně je extenzivní, neboť nezohledňuje přesné znění § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, které explicitně stanovilo pouze povinnost uchovávat záznamy (nahrávat telefonickou komunikaci) týkající se investičních služeb, které přímo zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, a nelze z něj proto gramatickým výkladem dovodit, že by účastník řízení měl povinnost nahrávat i komunikaci týkající se jiných investičních služeb (včetně investičního poradenství), a to na rozdíl od ZPKT ve znění účinném od 1. 5. 2020. Rozsah povinně nahrávané komunikace se zákazníky dle ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 byl tak výrazně užší než dle ZPKT ve znění účinném od 1. 5. 2020.*

[24.] *Věta druhá § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 uvádí, že tyto záznamy se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem poskytnutí investiční služby (tj. přijetí, předání nebo provedení pokynu) podle věty první, avšak k poskytnutí této investiční služby nedošlo. Ze sousloví „bylo-li jejich účelem poskytnutí“ lze dovodit, že předmětem komunikace mělo být přijetí, předání nebo provedení pokynu, nicméně z nějakého důvodu k přijetí, předání nebo provedení pokynu „nedošlo“. Překážka, pro kterou nedošlo k poskytnutí investiční služby, mohla nastat z důvodu na straně zákazníka (např. nedostatek peněžních prostředků zákazníka, zákazník si v průběhu komunikace rozmyslel pokyn udělit), nebo na straně účastníka řízení (např. výpadek systému). Tedy rozsah nahrávané telefonní komunikace podle věty druhé § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 je na základě gramatického výkladu užší než rozsah nahrávané komunikace podle druhého pododstavce čl. 16 odst. 7 MiFID II. Z předmětného ustanovení nevyplývá, že by účastník řízení měl povinnost zaznamenávat telefonickou komunikaci se zákazníkem, která nevede k udělení pokynu zákazníka, nicméně se udělení pokynu týká (tj. povinnost zaznamenávat komunikaci ohledně investičního poradenství, příp. dalších investičních služeb). Pokud by byla část věty „k poskytnutí této investiční služby nedošlo“ vykládána tak, že má být nahráváno i investiční poradenství jako*

součástí komunikace, při které nedošlo k poskytnutí předmětné investiční služby, byl by takový výklad extenzivní, jelikož nemá oporu v posuzované právní úpravě, resp. je v rozporu se zákonem.

[25.] Bankovní rada na tomto místě pro přehlednost odkazuje na dikci § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Podle tohoto znění platilo, že „Záznamy podle odstavce 1 zahrnují záznamy **telefonických hovorů a elektronické komunikace týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka**. Tyto záznamy se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo.“ (pozn. zvýrazněno bankovní radou).

[26.] Dále bankovní rada odkazuje na platné a účinné znění ZPKT, tj. § 17 odst. 2 ZPKT ve znění pozdějších předpisů: „Záznamy podle odstavce 1 zahrnují záznamy telefonických hovorů a elektronické komunikace **týkající se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb poskytovaných zákazníkovi**. Tyto záznamy se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo.“ (pozn. zvýrazněno bankovní radou).

[27.] Konečně bankovní rada připomíná také právní úpravu platnou a účinnou do doby, než byla provedena transpozice MiFID II. Tato právní úprava byla totiž zcela jasná, když vedle dikce § 17 ZPKT ve znění do 2. 1. 2018 byla k provedení zákona vydána vyhláška, a to v souladu se zákonným zmocněním, která stavěla rozsah nahrávání najisto.

[28.] Podle § 16 vyhlášky č. 303/2010 Sb. (která zrušila vyhlášku č. 237/2008 Sb.) platilo, že „Za účelem uchovávání záznamů **komunikace se zákazníkem v souvislosti s poskytováním investičních služeb podle § 4 odst. 2 písm. a) až e) zákona** obchodník s cennými papíry

a) používá a provozuje zařízení pro komunikaci v případě, že ke komunikaci se zákazníkem dochází prostředky komunikace na dálku,

1. prostřednictvím konkrétně určených zařízení pro komunikaci včetně konkrétně určené telefonní linky a adresy pro elektronickou komunikaci,

2. pořizuje a uchovává záznamy komunikace na zařízení pro komunikaci a uchovává je v původní podobě,

3. má možnost pořídit úplný autentický výstup komunikace z těchto zařízení,

b) zachytí písemně nebo jiným průkazným způsobem údaje podle písmene c), pokud ke komunikaci se zákazníkem dochází jinak než způsobem podle písmene a),

c) zajistí, aby záznam podle písmene a) bodu 2 obsahoval alespoň

1. datum a čas komunikace,

2. identifikaci stran komunikace, pokud je dostupná, a

3. obsah komunikace,

d) zabezpečuje správu zařízení pro komunikaci podle písmene a) pouze určeným správcem,

e) zabezpečuje nezměnitelnost záznamu komunikace podle písmene a).“

(pozn. zvýrazněno bankovní radou).

[29.] Bankovní rada opakovaně uvádí, že jestliže správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí argumentuje konzistentní rozhodovací praxí ve vztahu k rozsahu nahrávání a uchovávání záznamů podle § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, pomíjí, že se do 2. 1. 2018 mohl opřít o pochyby nevzbuzující právní úpravu prováděcí vyhlášky

vydané Českou národní bankou v souladu s tehdy platným zmocňujícím ustanovením zákona. Vyhláška č. 303/2010 Sb. vyžadovala pořizování nahrávek komunikace se zákazníkem v souvislosti s poskytováním **investičních služeb podle § 4 odst. 2 písm. a) až e) zákona**, rozuměno ZPKT ve znění do 2. 1. 2018, tedy včetně investiční služby investičního poradenství. O rozsahu nahrávání tak nemohlo být pochyb. Následně byla vyhláška č. 303/2010 Sb. zrušena novelou ZPKT transponující MiFID II. Správní orgán prvního stupně přes změnu právní úpravy držel stejný výklad zákona a pokračoval v konzistentní rozhodovací praxi.

[30.] Účastník řízení vyhlášku č. 303/2010 Sb. a její úpravu však ve svých výkladech (výklad teleologický, výklad systematický a výklad historický) taktéž pomíjí a na rozdíl od správního orgánu prvního stupně se soustředí jen na později přijatou novelu ZPKT adaptující nařízení o prospektu, jež vedla ke změně dikce § 17 odst. 2 ZPKT, a dále na důvodovou zprávu a zprávu RIA k této novele, z nichž zpětně argumentuje na podporu své právní nejistoty ohledně toho, co přesně požadovala předchozí právní úprava.

[31.] Podle bankovní rady je nutné přihlížet při hledání obsahu, resp. výkladu rozhodných ustanovení zákona také k dřívější právní úpravě v jejím celku, když za její účinnosti byl zaujat výklad správního orgánu prvního stupně a založena konzistentní rozhodovací praxe. To je patrné zejména při bližším posouzení případu Československé obchodní banky, a.s., (dále „případ ČSOB“), na který ve svůj prospěch účastník řízení v rozkladu odkazuje. V tomto případě za tehdy platné právní úpravy (do 2. 1. 2018) se však bankovní rada mohla jednoznačně přiklonit k výkladu uplatňovanému správním orgánem prvního stupně, a to s odkazem na výslovnou úpravu v § 16 vyhlášky č. 303/2010 Sb.⁷ Nelze pominout ani to, že bankovní rada rozhoduje o rozkladu na základě konkrétně uplatněných námitek toho kterého účastníka řízení, přičemž účastník řízení v tehdy projednávaném případě, totiž Československá obchodní banka, a. s., (dále „ČSOB“) argumentovala jinak než účastník řízení v nyní posuzovaném případě (tj. zejména k posouzení závažnosti přestupku a nejasnosti zákona).

[32.] Jestliže se do kontextu a porovnání různých znění zákona a důvodových zpráv vloží také právní úprava v současné době zrušené vyhlášky č. 303/2010 Sb., je mnohem srozumitelnější a přesvědčivější stanovisko správního orgánu prvního stupně, a je zřejmá i jistá účelovost těch námitek účastníka řízení, které směřují k nejasnosti právní úpravy a potřebě užšího výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Za této situace nepovažuje bankovní rada výklad správního orgánu prvního stupně za *praeter legem* (mimo zákon) nebo *contra legem* (proti zákonu). Pokud však účastník řízení namítá, že nemohl být v období vymezeném ve výroku napadeného rozhodnutí nucen nahrávat telefonní hovory v širším rozsahu, neboť šlo o povinnost, kterou mu zákon výslovně neukládá, a proto se ani nemohl dopustit přestupku, pokud jde o skutky 1 a 2, bankovní rada připouští jako nikoli pouze teoretickou možnost, že v důsledku zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb. v souvislosti s transpozicí MiFID II mohla vzniknout na straně účastníka řízení v určitém jím namítaném rozsahu (ve vztahu k investiční službě investiční poradenství – srov. bod 19 tohoto

⁷ Viz bod 58 rozhodnutí bankovní rady č. j. 2017/110606/CNB/110 ze dne 10. 8. 2017: „V případě účastníka řízení šlo o nahrávání komunikace se zákazníky. Uvedená povinnost platí na kapitálovém trhu dlouhodobě a její výklad není sporný. **Právní úprava § 17 ZPKT a § 16 vyhlášky o pravidlech poskytování investičních služeb je zcela jasná a určitá. To potvrzuje i odborná literatura, která jednoznačně dovozuje, že obchodník s cennými papíry má vyhradit konkrétní zařízení pro komunikaci (např. konkrétní telefonní linky), pořizovat záznamy komunikace na zařízeních pro komunikaci a uchovávat komunikaci v původní podobě a zajistit možnost pořídit volný výstup komunikace z těchto zařízení.** Lze odkázat též na dlouhodobou dohledovou a sankční praxi, kdy je pravidlem, že porušení povinnosti řádně nahrávat komunikaci se zákazníky je správním orgánem prvního stupně důsledně stíháno a trestáno. Bankovní rada odkazuje na případy publikované na internetových stránkách České národní banky.“ (pozn. zvýrazněno bankovní radou).

rozhodnutí o rozkladu) právní nejistota stran rozsahu nahrávání. Na možné výkladové nejasnosti v praxi v souvislosti s transpozicí MiFID II ostatně reagovala Česká národní banka uveřejněnými výkladovými stanovisky (srov. bod 114 *in fine* napadeného rozhodnutí) a později Ministerstvo financí ČR zapracováním nové, srozumitelnější dikce do § 17 odst. 2 ZPKT v novele ZPKT adaptující nařízení o prospektu.

[33.] Bankovní rada konstatuje, že je-li dána rozumná pochybnost o obsahu právní normy (srov. několikeré změny rozhodné právní úpravy v krátkém období, složitost právní úpravy, nyní rozdělené mezi zákon a prováděcí nařízení 2017/565, dříve mezi zákon a vyhlášku č. 303/2010 Sb., a dále výkladové stanovisko uveřejněné Českou národní bankou a směřující k vyjasnění výkladu), a lze proto připustit jako možný výklad § 17 odst. 2 ZPKT ve znění mezi 3. 1. 2018 a 30. 4. 2020, který je oproti výkladu správního orgánu prvního stupně užší, přiklání se bankovní rada z důvodu právní jistoty a v souladu se zásadou *in dubio mitius* k výkladu pro účastníka příznivějšímu, tj. v zásadě jím zastávanému výkladu s výjimkou týkající se nahrávání investiční služby investiční poradenství. Bankovní rada však zároveň konstatuje, že nemůže ponechat stranou ani okolnost, že výkladové stanovisko a praxe orgánu dohledu musely být účastníkovi řízení známy (tím spíše, že účastník řízení odkazuje na jiné případy nenahrávání záznamů telefonních hovorů). Podle bankovní rady je také jednoznačné, že povinnost nahrávat záznamy hovorů týkajících se investiční služby přijímání a předávání pokynů, provádění pokynů a též komunikace týkající se investiční služby investiční poradenství nebyla zavedena až novelou ZPKT adaptující nařízení o prospektu, ale platila podle zcela jasné právní úpravy dlouho předtím (žádná pochybnost nemohla být dána v období mezi 1. 7. 2008 a 2. 1. 2018). Naopak novela ZPKT adaptující nařízení o prospektu měla podle zprávy RIA odstranit možné výkladové nejasnosti dané po 3. 1. 2018 a potvrdit výklad zastávaný Českou národní bankou, jak uvedeno výše. V tomto širším kontextu proto působí námitky účastníka řízení, který je profesionálním subjektem na finančním trhu, účelově a nevěrohodně. To platí tím spíše, že využívá ve své argumentaci doslovné, ze širšího kontextu vytržené citace některých – zpětně hodnoceno – neobratných formulací obsažených v důvodové zprávě k novele ZPKT adaptující nařízení o prospektu.

[34.] Bankovní rada zdůrazňuje, že i při výkladu předestřeném účastníkem řízení nadále platí, že v případě telefonických hovorů týkajících se obchodů uzavřených obchodníkem s cennými papíry na vlastní účet a investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, měly být pořízeny a uchovány záznamy telefonní komunikace týkající se prodeje cenných papírů, třebaže k prodeji cenných papírů, tj. k zadání příkazu ze strany zákazníka dojít nemuselo. Nadto i při restriktivním výkladu zákona musely být nahrávány telefonní hovory týkající se investiční služby investiční poradenství alespoň v určitém rozsahu, viz bod 19 tohoto rozhodnutí o rozkladu.

(b) výklad teleologický a historický

[35.] *Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně interpretoval § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 v rozporu s teleologickým významem daného ustanovení, když při zkoumání jeho smyslu a účelu nezohlednil záměr a vůli českého zákonodárce provést pouze minimalistickou transpozici MiFID II (tj. nahrávat telefonní komunikaci se zákazníkem, která se přímo týká pouze přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka).*

[36.] *Účastník řízení uvádí, že prvotně je nutno vycházet z doslovného znění předmětného ustanovení, tj. aplikovat gramatický (jazykový) výklad. Pouze za podmínky jeho nejasnosti a nesrozumitelnosti (umožňující např. více interpretací) lze upřednostnit teleologický výklad před výkladem jazykovým. Podle účastníka řízení je jazykový výklad nesporný. I pokud by však jazykový výklad poskytoval prostor pro více interpretací předmětného ustanovení, bylo b primárně nutné vyjít z teleologického výkladu, resp. účelu, kterého chtěl český zákonodárce dosáhnout. Smysl a účel zákona lze dovodit podle účastníka řízení především*

z autentických dokumentů vypovídajících o vůli a záměrech zákonodárce, jako jsou důvodová zpráva k návrhu zákona a argumentace přednesené v rozpravě při přijímání návrhu zákona.

[37.] *Důvodová zpráva k ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 se podrobněji nevyjadřuje k rozsahu komunikace se zákazníkem, jež má být předmětem nahrávání. Pouze obecně odkazuje na transpozici čl. 16 odst. 6 a 7 MiFID II. Účastník řízení tak vychází z autentických dokumentů k ZPKT ve znění účinném od 1. 5. 2020 (důvodová zpráva a zpráva RIA). Účastník řízení nesouhlasí s názorem správního orgánu prvního stupně, že smysl a účel § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 (tj. rozsah povinně nahrávané komunikace se zákazníkem) nelze dovodit z autentických dokumentů k ZPKT ve znění účinném od 1. 5. 2020 s ohledem na rozdílné volební období českého zákonodárce. Podle účastníka řízení účelem návrhu zákona č. 204/2017 Sb. a následně návrhu zákona č. 119/2020 Sb. byla novelizace dílčího ustanovení § 17 ZPKT (tj. oba návrhy zákona se vztahovaly k ZPKT), proto je při výkladu ustanovení nutno vycházet z veškerých dostupných autentických dokumentů k ZPKT. K historickému výkladu předmětného ustanovení je možné vyjít z dřívějších i pozdějších relevantních autentických dokumentů. Naopak je irelevantní, že v mezidobí došlo ke změně složení Poslanecké sněmovny a Senátu, jelikož důvodové zprávy obecně vyjadřují vůli Poslanecké sněmovny a Senátu jako zákonodárného orgánu (tj. nezávisle na aktuálním složení Poslanecké sněmovny a Senátu a hlasování jednotlivých poslanců a senátorů). Dále účastník řízení namítá, že od účinnosti novely ZPKT (zákon č. 204/2017 Sb.) dne 3. 1. 2018 do účinnosti novely ZPKT (zákon č. 119/2020 Sb.) dne 1. 5. 2020 uplynulo pouze necelého 2,5 roku, přičemž vláda začala o novele jednat již dne 4. 5. 2018 (tj. cca 5 měsíců po přijetí novely provedené zákonem č. 204/2017 Sb.). Tedy zpráva RIA obsahuje aktuální zhodnocení stavu na finančním trhu po cca prvním roce účinnosti ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 (nikoliv až s např. několikaletým odstupem, kdy by bylo problematické původní vůli zákonodárce zjistit). Je tak nepochybné, že by autentické dokumenty měly být zohledněny při teleologickém výkladu.*

[38.] *Skutečnost, že je v rámci teleologického výkladu konkrétního ustanovení možné zjistit úmysl zákonodárce rovněž z důvodové zprávy k předpisu novelizujícímu toto ustanovení, vyplývá mj. z rozhodovací praxe správních soudů a Ústavního soudu. Krajský soud a následně rovněž Nejvyšší správní soud v rámci teleologického výkladu § 6 odst. 2 zákona o DPH ve znění účinném 31. 12. 2009 zjišťovaly úmysl zákonodárce mj. z důvodové zprávy k zákonu č. 302/2008 Sb., jímž bylo toto ustanovení novelizováno. Takový postup označil za správný také Ústavní soud.*

[39.] *Účastník řízení namítá, že ze znění důvodové zprávy k ZPKT ve znění účinném od 1. 5. 2020 je zjevné, že se na základě ZPKT ve znění účinném od 1. 5. 2020 rozšiřuje rozsah nahrávané komunikace oproti ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 a povinné transpozici MiFID II. Smyslem poslední novelizace ZPKT bylo podle účastníka řízení rozšířit okruh povinně nahrávané komunikace na investiční poradenství. Vodítko ke zjištění vůle a záměru zákonodárce poskytuje zpráva RIA, která se explicitně vyjadřuje k rozsahu povinně nahrávané komunikace se zákazníkem a k extenzivní intepretaci ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 dříve dovozované Českou národní bankou. Zpráva RIA dále vyhodnocuje tři zvolené varianty řešení z hlediska přínosů a nákladů (v rámci těchto variant je současně komentován stav platný v době ZPKT ve znění do 30. 4. 2020). Účastník řízení v této souvislosti uvádí výňatky relevantních pasáží a považuje za zjevné, že se Česká národní banka při výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 dopouští extenzivní intepretace nad původní záměr zákonodárce. Autentické dokumenty nepochybně dokládají, že vůli a záměrem zákonodárce při přijímání ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 bylo přistoupit pouze k minimalistické transpozici MiFID II, a současně z těchto dokumentů vyplývá, že Česká národní banka nerespektovala záměr zákonodárce provést pouze minimalistickou transpozici a jde svým výkladem nad rámec zákona.*

[40.] *Podle účastníka řízení Česká národní banka výkladem dovozuje povinnost nahrávat telefonickou komunikaci týkající se investičních služeb již za účinnosti ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, neboť správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí uvádí, že ačkoli v § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 není výslovně uložena povinnost pořizovat nahrávky telefonických hovorů se zákazníkem v případě všech investičních služeb, byla v období od 3. 1. 2018 do 30. 4. 2020 taková nahrávka nutnou podmínkou řádného naplnění povinnosti dle § 17 odst. 1 ZPKT a povinnosti jednat obezřetně dle § 12 odst. 1 ZPKT. Tento výklad je dle vyjádření účastníka řízení ve zjevném rozporu s úmyslem zákonodárce, který se k rozšíření povinnosti k nahrávání veškerých hovorů týkajících se investičních služeb uchýlil až s normou obsaženou v ZPKT ve znění účinném od 1. 5. 2020. Tedy účastník řízení uzavírá, že pokud (i) z § 17 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 bylo možné dovodit, že obchodník s cennými papíry má povinnost zaznamenávat veškerou telefonickou komunikaci týkající se investičních služeb, a (ii) tento výklad nebyl sporný či nejasný, český zákonodárce by novelu ZPKT adaptující nařízení o prospektu, tj. ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 nebyl nucen přijmout (když však z autentických dokumentů plyne pravý opak).*

[41.] *Účastník řízení nepopírá argumentaci správního orgánu prvního stupně, že nahrávání veškerých hovorů se zákazníkem týkajících se investičních služeb umožní České národní bance lepší dohled nad obchodníky s cennými papíry. Nicméně je třeba respektovat, že ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 takto široce povinnost nahrávání telefonické komunikace nestanovil, a proto účastník řízení nebyl povinen tuto komunikaci zaznamenávat. Extenzivním výkladem České národní banky by totiž podle účastníka řízení bylo možné dojít také k závěru, že je nutné nahrávat veškerou komunikaci se zákazníkem např. i z osobního jednání, u kterého tato povinnost také není stanovena, a to „jen“ proto, aby byl umožněn lepší dohled na obchodníky s cennými papíry. To účastník řízení odmítá.*

[42.] *K výkladu nad rámec úmyslu zákonodárce se již v minulosti vyjádřil Nejvyšší správní soud. Pokud proto Česká národní banka dovedla pro účastníka řízení povinnost neuvedenou v zákoně, lze podle názoru účastníka řízení její výklad ve vztahu k rozsahu nahrávané komunikace považovat za rozporný se základními ústavními principy, a to zejména s článkem 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod, na základě kterého každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.*

[43.] *Výše uvedené závěry účastníka řízení jsou podle jeho názoru v souladu s odbornou literaturou, podle které „ČNB našla oporu pro svůj rozšiřující výklad ve skutečnosti, že vymezení situací, na které se vztahuje povinnost nahrávat telefonické nebo elektronické komunikace dle článku 16 odst. 7 MiFID II, není výčtem taxativním, a tudíž při transpozici zmíněného ustanovení členskými státy je v tomto případě ponechána volnost umožňující i rozšíření na další investiční služby nežli jsou ty, které jsou vymezené v tomto odstavci. [...] Z pohledu českého práva však zákonodárce netransponoval do právního řádu výčet předmětných investičních služeb dle ustanovení článku 16 odst. 7 MiFID II ve formě demonstrativního výčtu, nýbrž se jedná o výčet úplný.“*

[44.] *Bankovní rada dává účastníkovi řízení částečně za pravdu, neboť skutečně nelze ignorovat při možném dvojím jazykovém výkladu právní normy obsažené v zákoně další výkladové metody. Nesouhlasí naopak s účastníkem řízení, že by jazyková metoda výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 vedla k nespornému závěru o obsahu právní normy v podobě, v jaké ji ve svůj prospěch dovozuje. Bankovní rada dále konstatuje, že v případě odkazů na důvodové zprávy a zprávu RIA, které bere dále v úvahu, jakož i při citaci z nich, jde ze strany účastníka řízení spíše o aplikaci méně spolehlivé a významné*

metody historického výkladu, nikoli o výklad dle účelu právní normy (teleologický výklad),⁸ jak namítá účastník řízení.

[45.] Nadto bankovní rada nepřehlédla, že citace důvodové zprávy a zprávy RIA je ze strany účastníka řízení účelová a mimo širší kontext. Lze tedy i nadále argumentovat ve prospěch výkladu zastávaného správním orgánem prvního stupně, a to i před přijetím novely ZPKT adaptující nařízení o prospektu. Ze zprávy RIA totiž plyne, že novelou § 17 odst. 2 ZPKT se reaguje na výkladovou nejasnost před 30. 4. 2020, viz citace nulové varianty v bodě 49 rozkladu: „ČNB svým výkladem tuto minimální transpozici rozšiřuje v souladu s výkladem ESMA“ nebo „Protože výklad ČNB nemá sílu zákona, mohou teoreticky vznikat konflikty ve vztahu k GDPR [...]“. K variantě 1 se uvádí ve zprávě RIA: „Další zvažovanou variantou je upřesnění současné právní úpravy tak, aby striktně sledovala požadavky MiFID II (to je ale v zásadě splněno již dnes). Tato varianta by v podstatě znamenala popření výkladu ČNB na úrovni zákona, tj. aby ČNB respektovala záměr zákonodárce provést pouze minimalistickou transpozici a nejt nad rámec zákona“. A konečně k variantě 2, která byla nakonec zvolena, se konstatuje ve zprávě RIA: „Nahrávání veškerých telefonických hovorů souvisejících s poskytováním investičních služeb znamená zpřísnění požadavků, které požaduje evropský předpis (MiFID II) jako minimální harmonizaci a jedná se tedy o národní úpravu [...]. Zvolení této varianty by nemělo představovat pro OCP a další subjekty zvýšení nákladů ve srovnání s nulovou variantou (respektujeme-li výklad ČNB) [...]“.

[46.] Z citací výše je podle bankovní rady zřejmé, že účastníkem řízení byla přehlédnuta právní úprava ve vyhlášce č. 303/2010 Sb., za jejíž účinnosti byl výklad České národní banky původně přijat. Po zrušení § 16 vyhlášky č. 303/2010 Sb. zachoval správní orgán prvního stupně požadavek na rozsah nahrávání v míře širší oproti restriktivnímu výkladu § 17 odst. 1 a 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Výklad správního orgánu prvního stupně byl podle bankovní rady i po zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb., byť již neměl oporu v podzákoně právní úpravě, nadále souladný s právní úpravou MiFID II a výklady ESMA (jak ostatně upozorňuje zpráva RIA). Vyvolával však u některých tržních subjektů právní nejistotu (otázkou je nakolik skutečnou, či jen tvrzenou), když byl představitelný srovnatelný výklad jiný, tj. nahrávání v míře užší, a právě proto přistoupil předkladatel zákona k analýze situace (viz zpráva RIA) a zákonodárce k legislativní reakci.

[47.] Podle důvodové zprávy RIA měl zákonodárce možnost ponechat normu tak, jak je, s tím, že nechá aplikaci a výklad na praxi dohledového orgánu, totiž České národní banky, a to i přes určité pochybnosti (s tím, že konečnou autoritou k rozhodnutí o rozsahu nahrávání bude případně správní soud k žalobě osoby, která nenahrávala v Českou národní bankou požadovaném rozsahu). Další možnost, která se zákonodárci nabízela, bylo přijetí novely zákona o podnikání na kapitálovém trhu, která by popřela výklad České národní banky a jasně stanovila, že vůlí zákonodárce bylo skutečně provést pouze minimální transpozici bez rozšiřování rozsahu nahrávání na národní úrovni. A ve variantě 2, která byla nakonec zvolena, se připouští, že tato varianta nepředstavuje nové povinnosti a zvýšené náklady, je-li respektován výklad České národní banky. Jednotlivé díkce důvodových zpráv a zprávy RIA je proto podle bankovní rady nutné číst v tomto základním kontextu.

⁸ „Historický výklad je založen na principu vůle zákonodárce. [...] Teleologickým výkladem zákona nebo jeho ustanovení se rozumí výklad zákona orientující se na účel právní normy v zákoně vyjádřené, popř. na účel právní úpravy, jejíž součástí interpretovaná norma je. [...] Teleologický výklad je cestou k nalezení objektivně recentního výkladového cíle. Nejde tedy jako u historického výkladu o význam, který s interpretovaným textem zákona spojoval jeho autor, nýbrž o to, jaký objektivní význam má zákonný text pro jeho dnešního adresáta [...]. Hledá se tedy objektivní význam interpretovaného textu [...]“. Cit. podle Winter, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha, Auditorium, 2013. s. 101, 123.

[48.] Z autentických dokumentů a z dříve platné právní úpravy, včetně té podzákonné, tedy plyne, že výklad § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 dovozený správním orgánem prvního stupně byl možný, odůvodněný a souladný s evropskou právní úpravou. Je možné dále konstatovat, že při transpozici MiFID II došlo ke zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb. a že došlo též ke změně § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Podle správního orgánu prvního stupně se na rozsahu nahrávání nadále nic neměnilo, zatímco některé tržní subjekty namítaly nejistotu ohledně rozsahu nahrávání a jako účastník řízení zastávaly výklad jiný, přičemž tak činily pravděpodobně do jisté míry účelově, a to právě s ohledem na existenci předchozí letité dohledové praxe a vydané vyjasňující výkladové stanovisko, které reagovalo, pokud jde o oblast nahrávání, na právní stav jak před, tak po transpozici MiFID II. Tedy zastávaly oproti výkladu správního orgánu prvního stupně velmi úzký výklad, že v zásadě je nutné nahrávat jen při přijímání, předávání a provádění pokynů (nikoli však již telefonní hovory vztahující se k jiným investičním službám, a to ani k investiční službě investiční poradenství, přestože by na jejím základě mohl být přijat, předán nebo proveden pokyn zákazníka). Právě na tuto možnou právní nejistotu reagoval zákonodárce, jak se podává výše. Reakce zákonodárce pak spočívala v tom, že normoval výklad zastávaný Českou národní bankou na úroveň zákona, aby díkce zákona nevzbuzovala pochybnosti o rozsahu nahrávání, nikoli v tom, že by výklad České národní banky popřel. Bankovní rada proto důrazně odmítá závěry účastníka řízení, že by z autentických dokumentů vyplývalo, že „ČNB nerespektuje záměr zákonodárce provést pouze minimalistickou transpozici a jde svým výkladem nad rámec zákona“.

[49.] Jestliže účastník řízení vybírá a analyzuje jednotlivé věty důvodové zprávy nebo zprávy RIA jako by šlo o zákonný text, přikládá výkladu historickému (který označuje jako teleologický) nepřiměřený význam, neboť takový historický výklad nemá potenciál upozadit výklad dovozený jinými výkladovými metodami. Bankovní rada pak, jak vyplývá z odůvodnění výše, argumentaci účastníka řízení autentickými dokumenty nepovažuje za přesvědčivou, protože účastník řízení cituje výběrově a mimo širší kontext (daný předchozí, platnou a budoucí právní úpravou, což se ve zprávě RIA odráží mimo jiné ve zvažovaných variantách).

[50.] Bankovní rada však nerozumí a nepovažuje za přesvědčivé ani odůvodnění obsažené v bodě 76 napadeného rozhodnutí, ve kterém správní orgán prvního stupně přikládá důvodové zprávě k jednomu zákonu větší relevanci než důvodové zprávě k zákonu jinému a dovozuje, že závěrečná zpráva RIA k zákonu č. 119/2020 Sb. nemůže být autentickým vodítkem ke zjištění vůle zákonodárce. Bankovní rada obdobně nepovažuje za přesvědčivou argumentaci v tomtéž bodě napadeného rozhodnutí, že je potřeba vzít v úvahu, že novelu transponující MiFID II, totiž zákon č. 204/2017 Sb., přijímala Poslanecká sněmovna a Senát v jiném složení než novelu adaptující nařízení o prospektu, totiž zákon č. 119/2020 Sb.

[51.] Shrnutí, jazykový výklad předmětného ustanovení při absenci vyjasňující vyhlášky č. 303/2010 Sb. byl možný dvojitě, jeden o nahrávání v celém rozsahu, včetně investiční služby investiční poradenství, druhý, zastávaný účastníkem řízení, že nahrávat je potřeba pouze investiční služby přijímání a předávání pokynů a provádění pokynů. Pokud jde o investiční poradenství, bankovní rada nesouhlasí s účastníkem řízení, že by nebylo potřeba tuto investiční službu nahrávat vůbec, a to ani při restriktivním výkladu, viz bod 19 tohoto rozhodnutí o rozkladu. Může jít maximálně jen o otázku rozsahu nahrávání, tedy zda investiční poradenství – podle právní úpravy platné v době rozhodné pro přestupek účastníka řízení – bylo nezbytné nahrávat vždy, protože vždy může z povahy věci vyústit v přijetí, předání nebo provedení pokynu, nebo to neplatí bezvýhradně, a to v případě, kdy jsou na straně účastníka řízení činěna taková účinná organizační a technická opatření, která neumožňují na lince, kde se poskytuje investiční služba investiční poradenství, přijmout, předat nebo provést pokyn. Přestože Česká národní banka uveřejnila výkladové stanovisko

k rozsahu nahrávání a praxe při výkonu dohledu ohledně rozsahu nahrávání telefonické komunikace byla trhu známa, a nepochybně byla známa i účastníkovi řízení, ten nenahrával ani v případech, kdy by měl nahrávat i při restriktivním výkladu podaném bankovní radou výše. Autentické dokumenty popisují v té době relevantní právní stav a reakci zákonodárce na něj a na výklad České národní banky, totiž jeho potvrzení přijetím upřesňující změny zákona, nikoli jeho popření. Výklad, který podává účastník řízení v této pasáži rozkladu, a to výklad spíše historický než teleologický, tedy nepochybně nevede k závěrům účastníka řízení potvrzujícím jím zastávaný jazykový výklad § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Takový historický výklad účastníka řízení navíc nijak nepopírá výklad jazykový zastávaný správním orgánem prvního stupně a je méně významný než výklad teleologický⁹ nebo systematický.¹⁰

[52.] Dále bankovní rada konstatuje, že námitky účastníka řízení k rozsahu nahrávání při osobním jednání lze považovat ze strany účastníka řízení za pokus o výklad logický, ale ani ten nepopírá závěry dovozené výše. Bankovní rada tady pro stručnost odkazuje na dikci § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, jenž upravoval rozsah záznamů pořizovaných při telefonické nebo elektronické komunikaci, ne při osobním jednání.

[53.] Bankovní rada nepopírá čl. 3 odst. 2 Listiny základních práv a svobod ani judikaturu vyšších soudů tím, že by bez dalšího aprobovala výklad zastávaný správním orgánem prvního stupně v rozhodné době jako správný. To platí tím spíše, že bankovní rada současně dovozuje, že mezi 3. 1. 2018 a 30. 4. 2020 nelze vyloučit, že některé subjekty na trhu mohly mít důvodnou pochybnost alespoň v určitém relevantním rozsahu stran výkladu § 17 odst. 2 ZPKT, resp. ohledně rozsahu nahrávání. Umožňuje-li veřejnoprávní norma ukládající povinnosti smysluplně a odůvodněně dvojí výklad, jeden poněkud extenzivní a jeden restriktivní, je nutné volit podle teorie správního práva spíše (nikoli tedy bezvýhradně) ten užší.¹¹ Podle účastníka řízení došlo ze strany správního orgánu prvního stupně k volbě extenzivního výkladu z dvojice možných, přičemž je třeba dát podle jeho názoru přednost výkladu v jeho prospěch, tj. výkladu restriktivnímu.

[54.] Bankovní rada tedy uzavírá, že nepovažuje výklad správního orgánu prvního stupně za nesprávný, ale připouští ve vztahu k rozsahu pořizování a uchovávání záznamů telefonní komunikace po určitou dobu nejasnost zákona (existovaly dva možné výklady) a souhlasí s účastníkem řízení, že pokud by zákon jasný byl, zákonodárce by nereagoval změnou a přijetím přesnější dikce zákona. Nejasnost zákona a reakci zákonodárce na ni dokládá účastník řízení právě v této části rozkladu nadepsané jako výklad teleologický. Bankovní rada konstatuje, že je-li právní norma obsažená v zákoně nejasná, a účastník řízení předkládá rozsáhlou a odůvodněnou argumentaci, proč tomu tak podle jeho názoru v jeho případě skutečně je, a jeho argumentace není (alespoň v její části) zjevně nesprávná a je myslitelná, je podle bankovní rady potřeba aplikovat ve prospěch účastníka řízení užší výklad § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, byť ne zcela totožný výklad, jaký zastává účastník řízení, neboť podle bankovní rady je i při restriktivním výkladu nutné dovodit povinnost nahrávat investiční službu investiční poradenství, pokud může vést k přijetí nebo předání (a následně provedení) pokynu. Bankovní rada dodává, že ani tento mírnější výklad však nemění nic na tom, že se skutky 1 a 2 staly, viz body 19 a 34 tohoto rozhodnutí o rozkladu.

⁹ „Teleologický výklad tak upřednostňují před historickým výkladem zastánci objektivní výkladové teorie.“ Cit. podle Winter, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha, Auditorium, 2013. s. 126 a 127.

¹⁰ K systematickému výkladu viz Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 86/2004 – 54 ze dne 26. 10. 2005.

¹¹ Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 63/2011 – 109 ze dne 2. 2. 2012: „ne každá interpretační nejasnost vždy nutně povede [...] k výkladu výhodnému pro soukromou osobu. Uplatnění zásady *in dubio pro mitius* má místo pouze tehdy, budou-li proti sobě stát srovnatelně přesvědčivé výkladové alternativy.“

(c) výklad euro-konformní

[55.] Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně nesprávně (když extenzivně) interpretoval ustanovení MiFID II a relevantní části ESMA Q&A, čímž nesprávně aplikoval eurokonformní výklad § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Podle judikatury, jsou-li k dispozici dva rovnocenné výklady, je správní orgán povinen zvolit ten, který nejvíc odpovídá úmyslu zákonodárce. Správní orgán prvního stupně však podle účastníka řízení primárně vycházel ze stanovisek ESMA, která nejsou v ČR právně závazná, a překročil meze eurokonformního výkladu. Je tomu tak proto, že správní orgán prvního stupně svůj extenzivní výklad opírá především o výklad ESMA v Q&A ve spojení s recitálem (57) a čl. 16 odst. 6 a 7 MiFID II. Správní orgán prvního stupně však při interpretaci smyslu a účelu povinnosti zaznamenávání telefonních hovorů se zákazníky v recitálu 57 MiFID II opomíjí větu první, která stanoví, že „Směrnice Komise 2006/73/ES umožňuje členským státům v souvislosti s organizačními požadavky na investiční podniky požadovat, aby podniky zaznamenávaly telefonní hovory nebo elektronickou komunikaci zahrnující pokyny zákazníků.“, na kterou až navazuje věta druhá: „Zaznamenávání telefonních hovorů nebo elektronické komunikace zahrnující pokyny zákazníků je v souladu s Listinou základních práv Evropské unie.“. Dle názoru účastníka řízení jsou tyto dvě úvodní věty stěžejní pro další interpretaci zbylé části recitálu 57 a čl. 16 odst. 6 a 7 MiFID II, jelikož stanovují účel MiFID II k rozsahu povinně nahrávané komunikace se zákazníkem (tj. povinnost zaznamenávat komunikaci zahrnující pokyny zákazníků).

[56.] Účastník řízení namítá, že spojení „telefonní hovory zahrnující pokyny“ je zapotřebí vykládat doslovně, resp. adekvátně a v jeho smyslu (tj. telefonní hovory, prostřednictvím nichž investiční podnik přijímá nebo předává pokyny zákazníků). Naopak nelze slovní spojení vykládat jako jakékoliv hovory nesouvisející přímo s poskytováním investiční služby přijímání nebo předávání pokynů prostřednictvím telefonních hovorů nebo jakékoliv pokyny nezakládající dispozici s konkrétním investičním nástrojem, jak plyne z výkladu zastávaného Českou národní bankou. Pokynem tak dle účastníka řízení například není sjednání nebo zprostředkování rámcové smlouvy o poskytování investičních služeb, která nezakládá konkrétní dispozici s investičním nástrojem.

[57.] Dále uvedenou adekvátní a teleologickou interpretaci podanou účastníkem řízení dokládají také další pasáže recitálu 57 MiFID II, a to: „Pokud zákazníci sdělují své pokyny jinými prostředky než telefonicky, měla by být tato komunikace zaznamenána na trvalých nosičích dat, jako jsou listovní zásilky, fax, elektronická pošta nebo dokumentace pokynů zákazníků pořizovaná na jednání.“ [...] „Tyto pokyny by měly být považovány za rovnocenné telefonickým pokynům.“ Lze tak tvrdit, že výklad povinnosti nahrávání se týká pokynů sdělených zákazníky prostřednictvím telefonické komunikace.

[58.] Účastník řízení namítá, že samotný rozsah povinně nahrávané telefonické komunikace se zákazníkem je stanoven v prvním a druhém pododstavci čl. 16 odst. 7 MiFID II, jejichž transpozicí je § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Z uvedeného vyplývá, že ukazovací zájmeno „tyto“ jednoznačně odkazuje na předchozí pododstavec téhož odstavce, v němž se rozsah telefonních hovorů omezuje slovním spojením „týkající se“ pouze na „poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků“. Lze tak uzavřít, že slovní spojení „týkající se“ značí vztah ke konkrétně omezené množině telefonické komunikace se zákazníkem, nikoliv souvislost s jakýmikoliv pokyny od zákazníka či investičními službami poskytovanými zákazníku. Podle účastníka řízení slovní spojení „služeb na pokyn zákazníků“ znamená výslovně investiční služby pro přijímání, předávání a provádění pokynů, tudíž toliko v kontextu povinnosti nahrávání telefonické komunikace ohledně služby umožňující zákazníkům zadávat pokyny prostřednictvím telefonu. Výše uvedená ustanovení správní orgán prvního stupně vykládá ve spojení čl. 16 odst. 6 MiFID II,

kterému odpovídá § 17 odst. 1 ZPKT. Dle názoru účastníka řízení nelze obecným ustanovením rozšiřovat stanovený rozsah komunikace speciálním ustanovením v čl. 16 odst. 7 MiFID II. Tímto extenzivním výkladem by totiž bylo možné dojít k závěru, že je nutné nahrávat také veškerou komunikaci se zákazníkem např. i z osobního jednání.

[59.] Dále účastník řízení odkazuje na relevantní části Q&A, ve kterých ESMA popisuje rozsah povinně nahrávané telefonické komunikace. Konkrétně účastník řízení odkazuje na odpověď č. 86, kde ESMA odpovídá na dotaz, zda musí být relevantní telefonní komunikace nahrávána od začátku až do konce, což účastník řízení interpretuje tak, že veškeré telefony pracovníků, prostřednictvím kterých může dojít k převzetí / předání / provedení pokynu zákazníka, musí být nahrávány, přičemž tato komunikace musí být nahrávána vždy od začátku do konce. Dále odkazuje účastník řízení na odpověď č. 117, kdy pojmy uvedené v demonstrativním výčtu činností ESMA se týkají praktik obchodování investičních podniků na vlastní účet nebo se zákazníky prostřednictvím telefonních hovorů jakožto formy komunikace, ke které povinnost nahrávání směřuje, a na odpověď č. 128, ze které vyplývá, že požadavek na nahrávání je nezbytný k zachycení a prokázání skutečného úmyslu protistran v případném sporu. Relevantní je podle účastníka řízení odpověď č. 139, ve které ESMA předpokládá situaci, kdy v komunikaci se zákazníkem ohledně přijetí, předání nebo provedení pokynu je zákazníkovi rovněž poskytnuto investiční poradenství, a proto je nutné investiční poradenství nahrát. ESMA však tady nedovozuje povinnost a priori nahrávat veškerou komunikaci týkající se investičního poradenství, resp. veškerých investičních služeb. Z toho plyne, že Česká národní banka extenzivně vykládá také stanovisko ESMA, když dovozuje, že nahrávána má být de facto také komunikace týkající se investičního poradenství, neboť obecně vždy směřuje k podání pokynu zákazníkem. Účastník řízení odkazuje na podporu své námitky na odpověď č. 13 ESMA, ze které vyplývá, že výčet povinně nahrávané komunikace není taxativní a je na vůli členských států EU, zda přistoupí k nahrávání dalších investičních služeb, jak se v českém právu ostatně stalo, nicméně až v ZPKT ve znění účinném ode dne 1. 5. 2020.

[60.] Z těchto odpovědí lze podle účastníka řízení tedy dovodit, že ESMA sice vykládá rozsah povinně nahrávané telefonické komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky širěji než samotná MiFID II, ale ani ESMA nedovozuje výkladem takový rozsah nahrávání jako správní orgán prvního stupně. Navíc výklad ESMA poskytnutý v rámci Q&A nemá normativní povahu, ale jedná se o právně nezávazný akt.

[61.] Účastník řízení namítá, že ani v případě, že by výklad správního orgánu prvního stupně byl v souladu s výkladem ESMA a MiFID II, nelze tento eurokonformní výklad přijmout, jelikož by došlo k překročení meze použití eurokonformního výkladu, kterou SDEU shledává v ochraně základních právních zásad (viz např. věc C-212/04, Adeneler, nebo věc C-105/03, Pupino). Obě rozhodnutí konkrétně mj. jmenují zásadu právní jistoty. Rovněž uložení sankce za porušení povinnosti, která je dovozena eurokonformním výkladem správního orgánu jednotlivci by byla také v rozporu s rozsudkem SDEU ve věci C-321/05, Kofoed. Tento závěr shrnuje také odborná literatura. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy.

[62.] Bankovní rada námitky účastníka řízení ohledně eurokonformního výkladu odmítá s tím, že správní orgán prvního stupně vykládal § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, tj. ve znění účinném v období relevantním pro posouzení přestupku účastníka řízení, v souladu s eurokonformním výkladem. V té souvislosti bankovní rada odkazuje na body 89 až 102 napadeného rozhodnutí.

[63.] Bankovní rada dodává, že z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že správní orgán prvního stupně při posuzování jednání účastníka řízení primárně vycházel z přípustného jazykového výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 ve spojení s § 17 odst. 1

ZPKT (ve znění pozdějších předpisů), a navázal tak na svoji dlouhodobou a konzistentní rozhodovací praxi. Jakákoli výkladová nejasnost pak nemohla být dovozována v období do 3. 1. 2018, což bankovní rada konstatovala v případě ČSOB, viz bod 31 a poznámka pod čarou č. 7 tohoto rozhodnutí o rozkladu, kde se odkazuje a cituje z rozhodnutí bankovní rady č. j. 2017/110606/CNB/110 ze dne 10. 8. 2017. Po přijetí novely transponující směrnici MiFID II, která zrušila vyhlášku č. 303/2010 Sb., bankovní rada připouští, že došlo k oslabení jazykového výkladu zákona zastávaného správním orgánem prvního stupně. Na právní nejasnost proto reagovala novela ZPKT adaptující nařízení o prospektu, když došlo ke změně dikce § 17 odst. 2 ZPKT věty první. Tato změna byla zákonodárcem odůvodněna jako změna přijatá za účelem odstranění právní nejistoty s tím, že jejím účelem je potvrdit dosavadní výklad České národní banky, tj. byla přijata varianta 2 podle zprávy RIA.

[64.] Jakékoli jiné metodické materiály (např. stanoviska ESMA) sloužily správnímu orgánu prvního stupně pouze k podrobnějšímu vysvětlení dané problematiky, zákonné povinnosti však takové materiály nerozšiřují. V této souvislosti bankovní rada připomíná, že v dokumentu „Soubor odpovědí na otázky související s novým režimem MiFID 2/ MiFIR“ je samostatně uveden „Názor ESMA“ a „Přístup České národní banky“.

[65.] Bankovní rada zdůrazňuje, že eurokonformní výklad předestřený účastníkem řízení není způsobilý vyvrátit závěry správního orgánu prvního stupně obsažené v napadeném rozhodnutí. Na druhou stranu ale ani nemá potenciál odstranit v plném rozsahu účastníkem řízení namítanou právní nejistotu, která na jeho straně mohla vzniknout po zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb. V té souvislosti bankovní rada dále připomíná, že směrnice MiFID II představuje – přinejmenším pokud jde o nahrávání a uchovávání záznamů telefonní komunikace – standard minimální harmonizace a členské státy mohou stanovit standard přísnější. Pokud tak Česká republika učinila, nemůže být dovozován rozpor s evropským právem. Ve skutečnosti mohlo nanejvýše dojít, a to při několikerých změnách zákona o podnikání na kapitálovém trhu, ke stavu právní nejistoty ohledně rozsahu zaznamenávání komunikace se zákazníky, čímž byl do té doby konzistentní výklad České národní banky, pokud jde o § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, oslaben (paradoxně byl, do důsledku vzato, značně oslaben zákonodárcem až *ex post* při zdůvodnění změny textace zákona, která byla ale přijata za účelem potvrzení výkladu České národní banky).

[66.] V této souvislosti polemika účastníka řízení s odůvodněním napadeného rozhodnutí stran eurokonformního výkladu postrádá smysl. To platí tím spíše, že účastníkem řízení citovaný recitál 57 MiFID II reflektuje stav v době přípravy této směrnice, proto též zmiňuje směrnici Komise 2006/73/ES provádějící MiFID I. Povinnost zaznamenávat telefonní hovory však MiFID I sama nestanovila, pouze členským státům stanovení této povinnosti umožňovala (viz čl. 13 odst. 6 MiFID I a čl. 51 odst. 4 směrnice Komise 2006/73/ES). V současnosti organizační požadavky a provozní podmínky investičních podniků a vymezení pojmů pro účely MiFID II upravuje nařízení 2017/565 (viz čl. 76 tohoto nařízení provádějící čl. 16 odst. 7 MiFID II, upravující zaznamenávání telefonních hovorů). Slovní spojení „telefonních hovorů nebo elektronické komunikace zahrnující pokyny zákazníků“ použité v recitálu 57 MiFID II tak neodpovídá znění čl. 16 odst. 7 MiFID II, který stanoví, že „Záznamy obsahují nahrávání telefonních hovorů či elektronické komunikace týkající se alespoň obchodů uzavřených při obchodování na vlastní účet a poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků.“ přičemž „Mezi tyto telefonní hovory a elektronickou komunikaci patří i ty, jejichž účelem je uskutečnit obchody uzavírané při obchodování na vlastní účet nebo poskytování služeb na pokyn zákazníků, jež se týkají přijímání, předávání a provádění pokynů zákazníků, a to i v případě, že tyto hovory nebo komunikace k uzavření takových obchodů nebo poskytnutí služeb na pokyn zákazníků nevedou.“. Pro výklad rozsahu povinnosti stanovené v čl. 16 odst. 7

MiFID II je tak nutné vycházet ze znění tohoto článku samotného a z recitálu 57 MiFID II vycházet při zjišťování smyslu a účelu povinnosti stanovené v čl. 16 odst. 7 MiFID II.

[67.] Jak bankovní rada uvedla již výše, je toho názoru, že právní nejistota je ze strany účastníka řízení dovozována poněkud účelově, když v reakci na transpozici směrnice MiFID II Česká národní banka mj. uveřejnila výklad obsahu a rozsahu předmětné povinnosti v dokumentu „Soubor odpovědí na otázky související s novým režimem MiFID 2/ MiFIR“ s předstihem před nabytím účinnosti zákona č. 204/2017 Sb. (tj. novely ZPKT transponující MIFID II) a tento výklad konzistentně aplikovala při výkonu dohledu. Výklad správního orgánu prvního stupně byl přinejmenším do 3. 1. 2018 aprobován bankovní radou a správní orgán prvního stupně se mohl oprávněně domnívat, že tento výklad je nadále udržitelný. K oslabení tohoto výkladu v důsledku změny právní úpravy však podle bankovní rady mohlo dojít, jak uvedeno výše. Bankovní rada tedy přistoupila ve prospěch účastníka řízení k posouzení věci při užití restriktivního výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, a to s ohledem na zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb., přičemž tento restriktivní výklad je relevantní pouze pro období od 3. 1. 2018 do 30. 4. 2020, kdy začala platit nová díkce § 17 odst. 2 ZPKT (a ve vztahu k investiční službě investiční poradenství je aplikovatelný jen tehdy, pokud tato služba nemohla vést k přijetí, předání nebo provedení pokynu, nikoli tak, že by tato investiční služba neměla být nahrávána vůbec). Bankovní rada nicméně zdůrazňuje, že k přestupku účastníka řízení, resp. ke skutkům 1 a 2 došlo i při tomto restriktivním výkladu, protože nenahrával ani ty hovory, které se zjevně týkaly přijímání, předávání a provádění pokynů, viz bod 33 napadeného rozhodnutí.

[68.] Pokud jde o účastníkem řízení citovaný rozsudek SDEU ve věci C-212/04 Adeneler, bankovní rada uvádí, že SDEU v něm uvedl: „Povinnost vnitrostátního soudu přihlížet k obsahu směrnice, pokud vykládá a používá relevantní pravidla vnitrostátního práva, je sice omezena obecnými právními zásadami, zejména zásadou právní jistoty a zásadou zákazu zpětné účinnosti, a nemůže sloužit jako základ pro výklad vnitrostátního práva *contra legem* (viz obdobně rozsudek ze dne 16. června 2005, Pupino, C-105/03, Sb. rozh. s. I-5285, body 44 a 47).“ a současně: „Zásada konformního výkladu nicméně vyžaduje, aby vnitrostátní soudy učinily vše, co spadá do jejich pravomoci, tím že vezmou v úvahu veškeré vnitrostátní právo a použijí metody výkladu jím uznané, tak aby zajistily plnou účinnost dotčené směrnice a došly k výsledku, který by byl v souladu s cílem sledovaným touto směrnicí (viz výše uvedený rozsudek Pfeiffer a další, body 115, 116, 118 a 119).“

[69.] Tedy z rozsudků SDEU vyplývá, že eurokonformní výklad nemůže vést k výkladu *contra legem* a že § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 je potřeba vykládat s využitím v českém právu uznávaných výkladových metod. Pomocí těchto výkladových metod lze ale dovodit jak výklad zastávaný správním orgánem prvního stupně, tak výklad zastávaný účastníkem řízení, a ve vztahu k investiční službě investiční poradenství pak i výklad, který zastává bankovní rada, to vše však platí jen pro období mezi 3. 1. 2018 a 30. 4. 2020.

[70.] Bankovní rada také odmítá jako nesprávnou argumentaci účastníka řízení o tom, že rámcová smlouva o poskytování investičních služeb, která nezakládá konkrétní dispozici s investičním nástrojem, nemůže být považována za pokyn. Nicméně pro posuzovaný případ účastníka řízení to nemá relevanci, proto nepovažuje bankovní rada podrobnější odůvodnění za potřebné.

(d) výklad systematický

[71.] Účastník řízení namítá, že výklad správního orgánu prvního stupně, který *de facto* rozšířil rozsah nahrávané telefonické komunikace se zákazníky na rozsah obecného ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, a smazal tak rozdíly mezi zmíněnými

ustanoveními, je v rozporu se systematikou ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 a úmyslem zákonodárce.

[72.] *Účastník řízení souhlasí s tím, že je třeba § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 vykládat ve spojení s § 17 odst. 1 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Současně je však potřeba podle účastníka řízení rozlišovat mezi obecným ustanovením § 17 odst. 1 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 stanovujícím povinnost uchování záznamů („records“), a k němu speciálním ustanovením § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 stanovujícím povinnost pořizovat užší množinu záznamů telefonické komunikace v podobě nahrávek („recordings“), a to pouze v případě komunikace se zákazníky ohledně investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka.*

[73.] *Ustanovení § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 podle účastníka řízení stanovuje povinnost zaznamenávat komunikaci se zákazníkem v užší množině případů a tato povinnost má být splněna na rozdíl od požadavku obecného § 17 odst. 1 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 pouze ve formě nahrávky. Účastník řízení nesouhlasí, že povinnost nahrávat veškeré investiční služby byla stanovena již v ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, jelikož taková nahrávka byla nutnou podmínkou řádného naplnění povinnosti dle § 17 odst. 1 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 a povinnosti jednat obezřetně dle § 12 odst. 1 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 (tj. Česká národní banka svým výkladem dovozuje povinnost nahrávat telefonickou komunikaci týkající se investičních služeb již za účinnosti ZPKT ve znění do 30. 4. 2020). Tímto výkladem by totiž bylo možné dojít k závěru, že je nutné nahrávat také např. i komunikaci se zákazníkem z osobního jednání, u kterého tato povinnost také není stanovena a Česká národní banka tyto záznamy ani nepožaduje.*

[74.] *Bankovní rada považuje námitku systematickým výkladem za nedůvodnou a odkazuje na jiné výklady § 17 odst. 2 ZPKT, zejména na výklad jazykový, teleologický, systematický a historický, který podala výše. Bankovní rada odkazuje a souhlasí také s argumentací obsaženou v bodech 106 až 108 napadeného rozhodnutí, tj. že povinnosti podle § 17 odst. 1 a odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 platily současně. Odstavec 2 upřesňoval a konkretizoval odstavec 1 ve vztahu k záznamům telefonické a elektronické komunikace, nikoli že by pro tyto záznamy popíral pravidlo (tj. právní normu) obsažené v odstavci 1.*

[75.] *Je to podle bankovní rady spíše účastník řízení, který popírá teleologický a systematický výklad pro jeho věc rozhodné právní úpravy, když nepřihlíží k právní úpravě obsažené před transpozicí MiFID II v § 16 vyhlášky č. 303/2010 Sb., přijaté k provedení § 17 odst. 4 ZPKT, ani k výkladovému stanovisku, které potvrzovalo stávající praxi České národní banky, pokud jde o uchovávání záznamů telefonických hovorů i pro období po zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb.*

[76.] *Bankovní rada odkazuje také na citaci účastníka řízení v bodě 49 rozkladu ze zprávy RIA, kdy návrh nejvhodnějšího řešení, totiž varianty 2, je odůvodněn takto: „Pokud se regulovaný subjekt řídil předpisy před 3. 1. 2018, případně pokud se řídil výkladem ČNB [pozn. bankovní rady, tj. po období 3. 1. 2018], tak mu fakticky žádné nové náklady nevznikají.“. Tedy zákonodárce rozsah nahrávání považoval za nezpochybnitelný do 2. 1. 2018, po transpozici MiFID II však připouští, že je dovozován Českou národní bankou výkladem § 17 odst. 2 ZPKT, kteréžto ustanovení je vnímáno některými jako nejasné, proto reaguje zákonodárce přijetím upřesňující novely § 17 odst. 2 ZPKT.*

[77.] *Dále bankovní rada konstatuje, že povinnost pořizovat a uchovávat záznamy telefonických hovorů a elektronické komunikace podle § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30. 4. 2020 se vztahovala na telefonickou a elektronickou komunikaci se zákazníky, tj. na situace, kdy ke komunikaci se zákazníky dochází prostředky komunikace na dálku, nikoli na osobní jednání se zákazníky. V tomto směru je proto námitka účastníka řízení nepřijatelná.*

(e) výklad s odkazem na zvláštní právní úpravu v GDPR

[78.] Účastník řízení namítá, že mu nelze klást k tíži absenci nahrávání telefonické komunikace se zákazníky nad rámec stanovený zákonem, když výklad správního orgánu prvního stupně k rozsahu nahrávané telefonické komunikace je v konfliktu s čl. 5 odst. 1 písm. c) GDPR a správní orgán prvního stupně a Úřad pro ochranu osobních údajů (dále „ÚOOÚ“) měly zjevně rozdílný přístup k určení rozsahu povinně nahrávané telefonické komunikace se zákazníkem. To vedlo ke značné právní nejistotě účastníka řízení, přičemž výklad ÚOOÚ (na rozdíl od výkladu správního orgánu prvního stupně) respektuje vůli zákonodárce. Výklad správního orgánu prvního stupně k povinnosti nahrávat veškeré investiční služby ze ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 výslovně nevyplývá a je v kolizi s článkem 5 odst. 1 písm. c) GDPR, který je účastník řízení povinen rovněž respektovat.

[79.] Názor ÚOOÚ sice nebyl veřejně publikován, nicméně výše zmíněný konflikt předmětných ustanovení byl zjevný od počátku. Nelze se proto ztotožnit se závěrem správního orgánu prvního stupně, že námitka účastníka řízení je spekulativní a účelová, když účastník řízení s nahráváním většiny telefonních linek začal již před zahájením kontroly. Účastník řízení začal s nahráváním telefonní komunikace týkající se investičních služeb vzhledem k tomu, že Česká národní banka (i) v srpnu 2017 uložila ČSOB pokutu 2 000 000 Kč za nenahrávání takových telefonních hovorů a (ii) zveřejnila „Soubor odpovědí na otázky související s novým režimem MiFID 2 / MiFIR“, ve kterém vyjádřila svůj extenzivní názor k rozsahu nahrávání telefonních hovorů.

[80.] Podle účastníka řízení je zmíněný konflikt popsán ve zprávě RIA, podle které „výklad ČNB nemá sílu zákona, mohou teoreticky vznikat konflikty ve vztahu k GDPR (není zde zákonná licence, měl by být udělen souhlas klienta)“. K tomu se ÚOOÚ přímo vyjádřil ve zprávě RIA: „...z MiFID II jasně vyplývá, že záznamy v podobě nahrávek telefonních hovorů či elektronické komunikace se vedou pouze v případě, že obsahují nebo mohou obsahovat pokyny k obchodování. Pokud tyto telefonní hovory či elektronická komunikace pokyny k obchodování (i negativní) neobsahuje, tyto záznamy nahrávky obsahovat nemusí a na základě článku 5 odst. 1 písm. c) GDPR ani nemají.“. Formálně se sice ÚOOÚ vyjadřuje pouze k variantě 2, nicméně z obsahu vyjádření lze dovodit názor i k variantě 0 (stávající právní úpravě). Právní nejistotu spojenou s GDPR a zněním ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 lze podle účastníka řízení vyčíst také z důvodové zprávy k nepřijaté novele ZPKT.

[81.] Bankovní rada důrazně odmítá, že by správní orgán prvního stupně dovozoval povinnost účastníkovi řízení nad rámec zákona. Určitá právní nejistota, kterou bankovní rada připouští k námitce účastníka řízení, mohla vzniknout, jak shora uvedeno, pouze po přechodnou dobu a v důsledku několikerych změn zákona, a na tuto právní nejistotu reagovala také důvodová zpráva a zpráva RIA k novele ZPKT adaptující nařízení o prospektu, když odůvodňovala změnu textace § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020.

[82.] Bankovní rada dále konstatuje, že povinnost uchovávat záznamy komunikace se zákazníkem týkající se poskytnuté investiční služby byla zavedena již s účinností zákona o podnikání na kapitálovém trhu, tj. od 1. 5. 2004, a povinnost uchovávat i záznamy komunikace s potenciálním zákazníkem byla zavedena s účinností od 1. 7. 2008 (novelizace provedená zákonem č. 230/2008 Sb.). Současně bylo plnění této povinnosti jednoznačně specifikováno od 1. 7. 2008, tj. s účinností vyhlášky č. 237/2008 Sb., právě pro případy, že ke komunikaci se zákazníkem dochází prostředky komunikace na dálku. Tedy povinnost nahrávat telefonní hovory týkající se (všech) investičních služeb byla stanovena právní úpravou účinnou od 1. 7. 2008. Následně byla tato vyhláška zrušena a nahrazena vyhláškou č. 303/2010 Sb., s účinností ode dne 1. 1. 2011, která však nadále stanovila povinnost nahrávat a uchovávat záznamy výslovně pro investiční služby podle § 4 odst. 1 písm. a) až e) ZPKT, tj. včetně investičního poradenství. Po zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb. mohla

při dikci § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 vzniknout právní nejistota, proto na tuto situaci reagovala nejdříve Česká národní banka, když uveřejnila dokument „Soubor odpovědí na otázky související s novým režimem MiFID 2 / MiFIR“ na svých internetových stránkách v roce 2017 (stejně jako dokument Q&A), který se týkal výkladu MiFID II v souvislosti s novelou provedenou zákonem č. 204/2017 Sb., která pro tento případ v relevantní části (pozn. bankovní rady: novela měla dělenou účinnost) nabyla účinnosti 3. 1. 2018. Na výklad podaný Českou národní bankou a tržními subjekty namítanou nejasnou právní úpravu následně reagoval zákonodárce přijetím nové jednoznačné dikce § 17 odst. 2 ZPKT, která aprobovala dosavadní výklad České národní banky na úroveň zákona.

[83.] Za této situace namítat dovozování právní povinnosti výkladem správního orgánu prvního stupně nad rámec zákona považuje bankovní rada za nepřipadné. To platí tím spíše, že účastník řízení nezajistil plnění zákonné povinnosti ani při jím zastávaném restriktivním výkladu povinnosti obsažené v § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 (viz bod 32 tohoto rozhodnutí bankovní rady). V případě, že takto argumentuje účastník řízení, který je systémově významnou institucí a disponuje širokou klientskou základnou, aby se zprostil odpovědnosti za jednoznačně prokázaný přestupek, jde o jednání pro bankovní radu tím spíše neakceptovatelné.

[84.] Rozpor s GDPR bankovní rada taktéž neshledává a názor ÚOOÚ vyjádřený v důvodové zprávě nepovažuje za autoritativní. Důvodem je to, že ÚOOÚ ve skutečnosti opřel svůj výklad o textaci zákona o podnikání na kapitálovém trhu, tj. složitý právní předpis mimo oblast své gesce. Byť lze namítat, že toto činí ÚOOÚ ve vztahu k plnění povinností GDPR, pro formulaci jeho závěrů je ale relevantní právě výklad a pojetí § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, nikoli dikce GDPR.

[85.] Konečně zákonodárce ve zprávě RIA uvádí, že „Protože výklad ČNB nemá sílu zákona, mohou teoreticky vznikat konflikty ve vztahu k GDPR (není zde zákonná licence, měl by být udělen souhlas klienta).“. Tedy zákonodárce **připouští pouze teoreticky** střet právních úprav na finančním trhu a v oblasti právní úpravy ochrany osobních údajů. Slova v závorce v citaci ze zprávy RIA pak podle bankovní rady ne zcela odpovídají realitě, protože nejde o to, že by Česká národní banka výkladem dovedla novou povinnost účastníkovi řízení, jak ten tvrdí, ale o to, že tato povinnost vyplývala z § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 a Česká národní banka při nejasnosti, která vznikla po zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb., jen potvrdila, že výklad rozsahu nahrávání zůstává zachován. Ani při výkladu zastávaném účastníkem řízení není dán rozpor s GDPR, protože zákon stanovil a stanoví, že je potřeba nahrávat a uchovávat záznamy telefonní komunikace. Nejistotu mohl mít účastník řízení jen po přechodnou dobu a jen ohledně rozsahu nahrávání komunikace týkající se investičních služeb. Takovou nejistotu však nemohl rozhodně mít o nezbytnosti dodržet povinnost nahrávat a uchovávat telefonní záznamy, pokud jde o poskytování investiční služby přijímání a předávání pokynů, provádění pokynů a služby investičního poradenství, pokud vedla nebo mohla vést k přijímání a předávání nebo provádění pokynů.

[86.] Bankovní rada dodává, že na rozdíl od správního orgánu prvního stupně nezpochybňuje důvodové zprávy jako zdroj použitelný pro teleologický a historický výklad, ale současně směrem k účastníkovi řízení konstatuje, že důvodová zpráva není právní normou, nelze s ní pracovat jako s právním předpisem a nelze ani výklady v ní podané přijímat nekriticky bez dalšího. Ostatně důvodová zpráva je zpracována předkladatelem, ale schvalován a ve Sbírce zákonů je vyhlášen zákon. Nelze ostatně pominout ani poslanecké pozměňovací návrhy, které jsou přijaty, aniž by na to nezbytně reagovala důvodová zpráva změněnou dikcí. Textace a jazykový výklad důvodové zprávy tak nejsou způsobilé upozadit ostatní výkladové metody použité k porozumění právní normy.

(f) výklad ústavně-právní

[87.] Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně napadeným rozhodnutím uložil sankci za porušení právní povinnosti, která není zákonem stanovena, čímž postupoval v rozporu se zásadou *nullum crimen, nulla poena sine lege*, která dle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu platí i pro oblast správního trestání. Podle účastníka řízení nelze extenzivním výkladem zákona dojít až k popření samotných základních ústavních principů, tj. účastníkovi řízení nesmí být stanovena povinnost, kterou zákon neukládá.

[88.] Bankovní rada nesouhlasí, že by správní orgán prvního stupně napadeným rozhodnutím uložil účastníkovi řízení pokutu za jednání, které nepředstavuje porušení právní povinnosti. Připustí-li bankovní rada nejasnost § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, a to po nabytí účinnosti novely transponující MiFID II, tj. v období po 3. 1. 2018, stále platí, že byla dána v určitém rozsahu povinnost nahrávat a uchovávat záznamy telefonní komunikace, kterou účastník řízení prokazatelně nesplnil. Ve zbytku odkazuje bankovní rada na odůvodnění výše.

[89.] Podle bankovní rady závěr správního orgánu prvního stupně o tom, že se přestupek stal, je tedy správný, ale bankovní rada akceptuje, že v případě účastníka řízení mohla být v důsledku změny dikce § 17 a zrušení vyhlášky č. 303/2010 Sb. rozhodná právní úprava vnímána jako nejasná, a to až do přijetí novely ZPKT adaptující nařízení o prospektu. Nicméně co rozhodně nejasné nebylo, a to bankovní rada důrazně opakuje, byla povinnost nahrávat a uchovávat záznamy telefonních hovorů týkajících se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka, a v určitém rozsahu také investiční služby investiční poradenství, viz body 19, 32 a 51 tohoto rozhodnutí o rozkladu. Této povinnosti účastník řízení nedostal ani při výkladu, který předložil v rozkladu, tj. jím namítaném restriktivním výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Výklad správního orgánu prvního stupně navíc odpovídal jeho předešlé konzistentní rozhodovací praxi, stěží lze tedy věřit, že mohl být pro účastníka řízení natolik zásadně nový a překvapivý, jak vyplývá z rozkladu. Jestliže však je tady jiný, srovnatelně odůvodněný výklad relevantního ustanovení, tím spíše, že jej účastník řízení odůvodňuje několika změnami právní úpravy a důvodovými zprávami, a tento výklad je pro účastníka řízení příznivější (zákonná povinnost je chápána tak, že se požaduje nahrávat v menším rozsahu, než je rozsah požadovaný správním orgánem prvního stupně), tak k němu bankovní rada ve prospěch účastníka řízení přihlédla, posoudila závažnost přestupku jinak a přistoupila ke snížení ukládané pokuty. Ani při výkladu předloženém účastníkem řízení totiž nejsou popřeny závěry správního orgánu prvního stupně o tom, že se přestupek účastníka řízení stal.

II. Námitky k nahrávání telefonických hovorů přes aplikaci BeeMobile [přestupek ad (ii) výroku I, skutek 2]

[90.] Účastník řízení namítá, že výklad správního orgánu prvního stupně, podle kterého měli pracovníci v segmentech *Mass Market*, *Mass Affluent* a *MSE* v období od 21. 11. 2018 do 14. 7. 2020 pro nahrávání přes *BeeMobile* povinnost nahrávat veškerou komunikaci se zákazníky, neměl oporu v ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 a je v přímém rozporu s GDPR a že povinnost těchto pracovníků komunikovat se zákazníky za účelem uzavření obchodu s investičními nástroji nebo poskytnutí investiční služby skrze nahrávané linky byla v období od 21. 11. 2018 do 14. 7. 2020 stanovena jeho vnitřními předpisy a současně byli tito pracovníci s funkcionalitou nahrávání prostřednictvím *BeeMobile* seznámeni prostřednictvím oznámení na intranetu, když přílohou daného oznámení byl i manuál k *BeeMobile* obsahující postup pro nahrávání hovorů. Pokud konkrétní pracovník nepostupoval v souladu s vnitřním předpisem účastníka řízení, jednalo se o jeho individuální pochybení, za které nemůže být účastník řízení odpovědný.

[91.] *V rámci období od 21. 11. 2018 do 14. 7. 2020 byla zavedena povinnost nahrávat hovory prostřednictvím BeeMobile i pro pracovníky v segmentech Mass Market, Mass Affluent a MSE. V této souvislosti účastník řízení namítá, že s klienty těchto segmentů není primárně vedena telefonní komunikace za účelem uzavření obchodu s investičními nástroji nebo poskytnutí investiční služby, a proto pro naprostou většinu telefonické komunikace uskutečněné pracovníky těchto segmentů není stanovena povinnost jejího uchování dle § 17 odst. 2 ZPKT. S ohledem na zanedbatelné množství povinně nahrávané komunikace považuje účastník řízení výše uvedené řešení za dostatečné a souladné se zákonem. Naopak, záznamy této komunikace podléhají přísné regulaci v oblasti ochrany osobních údajů v souladu s GDPR. Podle čl. 6 odst. 1 písm. c) GDPR účastník řízení neměl zákonnou licenci k uchování nahrávané komunikace a v souladu s čl. 17 nařízení GDPR byl povinen po naplnění účelu záznamu této komunikace tyto záznamy zlikvidovat.*

[92.] *Z těchto důvodů proto rozhodnutí o uchování záznamů komunikace se zákazníkem a potenciálním zákazníkem vedené za účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby v období od 21. 11. 2018 do 14. 7. 2020 bylo v kompetenci příslušného pracovníka, který tuto komunikaci se zákazníkem a potenciálním zákazníkem vedl, přičemž tento postup byl zcela přiměřený a v souladu se zákonem. Nadto účastník řízení po upozornění správního orgánu prvního stupně, že uvedený postup spočívající v nahrávání hovorů prostřednictvím aplikace BeeMobile není dle jeho názoru dostatečný, neprodleně učinil veškeré kroky a nastavil proces kontinuálního nahrávání veškeré telefonické komunikace uskutečňované pracovníky v segmentech Mass Market, Mass Affluent a MSE bez možnosti těchto pracovníků rozhodnout o (ne)uchování záznamů této komunikace.*

[93.] *Bankovní rada odmítá námitky účastníka řízení jako nedůvodné, když je patrné, že podstatou vytýkaného deliktu nebylo to, v jakém rozsahu, tj. ohledně kterých investičních služeb, nahrávat a uchovávat záznamy telefonních hovorů, ale skutečnost, že u nahrávání telefonních hovorů prostřednictvím aplikace BeeMobile nebyly naplněny požadavky na uchovávání záznamů, a to vzhledem k tomu, že nahrání a uchování příslušné komunikace bylo pouze na rozhodnutí konkrétního pracovníka účastníka řízení, zda určitý hovor se zákazníkem uloží, nebo ne, viz zejména bod 131 napadeného rozhodnutí. Dané účastníkem řízení zvolené řešení tedy nevyklučovalo možnost nenahrávat komunikaci ohledně těch investičních služeb, u nichž to § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 požadoval. Tento závěr platí a je zachován i při restriktivním výkladu zákona. Bankovní rada opětovně zdůrazňuje, že tu nejde o otázku, zda se přestupek stal, nebo nestal, ani o otázku správné právní kvalifikace, jak se snaží tvrdit účastník řízení, ale jen o otázku závažnosti přestupku (tj. v jakém rozsahu měl účastník řízení nahrávat a nenahrávat, když v určitém rozsahu nepochybně záznamy pořízeny být měly, přičemž systém byl nastaven tak, že i tam, kde bylo potřeba nahrávku pořídit, pracovník účastníka řízení mohl bez adekvátní a účinné kontroly ze strany účastníka řízení rozhodnout jinak). Bankovní rada dále konstatuje, že účastník řízení zjevně nečinil veškeré přiměřené kroky k tomu, aby zaznamenal příslušné telefonické hovory a elektronickou komunikaci učiněnou, odeslanou nebo přijatou s využitím zařízení, které zaměstnanci poskytl nebo jehož použití zaměstnancem nebo dodavatelem umožnil nebo schválil, a to ve smyslu § 17 odst. 4 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020.*

[94.] *Námitku, že v případě, že zákon nebyl naplněn, jde o pochybení pracovníka účastníka řízení, nikoli o pochybení samotného účastníka řízení, za které může být potrestán, bankovní rada odmítá jako nedůvodnou a nepřípadnou. Nejedná se ani o liberační důvod, když účastník řízení mohl činit účinné kroky, aby porušení zákona zabránil. Ostatně jím namítané přijetí nápravných opatření a odstranění závadného stavu svědčí o tom, že zákonný požadavek byl pro účastníka řízení splnitelný, ten však vědomě postupoval jinak.*

[95.] Ohledně rozsahu nahrávání investičních služeb odkazuje bankovní rada na vypořádání námitek účastníka řízení v části I tohoto rozhodnutí o rozkladu. Ve zbytku odkazuje bankovní rada přiměřeně, tj. s korekcí ohledně rozsahu nahrávání podle restriktivního výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 namítaného účastníkem řízení, také na body 121 až 147 napadeného rozhodnutí.

[96.] K námitce týkající se GDPR pro odstranění pochybností odkazuje bankovní rada výslovně na body 81 až 86 tohoto rozhodnutí o rozkladu.

[97.] K přijetí nápravných opatření a jejich možného vlivu na výši ukládané sankce odkazuje bankovní rada na vypořádání námitek týkajících se ukládané pokuty.

III. Námitky k nezpracování povinnosti pořizovat záznamy z jednání do vnitřního předpisu [přestupek ad (iii) výroku I, skutek 3]

[98.] *Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně provedl nesprávnou právní kvalifikaci skutku, když dle jeho vnitřních předpisů pracovníci v útvech 3710 – Obchody treasury pro firemní klienty, 3720 – Obchody na kapitálových trzích a 3730 – Správa aktiv pro institucionální klienty „pověření výkonem činností souvisejících s poskytováním služeb OCP a vstupující v jednání se zákazníky jsou povinni: dodržovat ustanovení zákonů upravujících činnost ČS a poskytování investičních služeb (zejména ZPKT a další), ustanovení daná regulátory trhu (ČNB, BCPP – vyhlášky, pravidla a metodiky), pracovní postupy dle platných předpisů ČS a své pracovní povinnosti“. Pracovníci útvaru 3700 tedy měli vnitřními předpisy stanovenou povinnost mimo jiné dodržovat ustanovení § 17 odst. 3 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 společně s čl. 76 odst. 9 nařízení č. 2017/565, která se týkají povinnosti a způsobu zaznamenání komunikace se zákazníky a potenciálními zákazníky týkající se pokynů prostřednictvím osobní schůzky, tedy povinnost k vyhotovení záznamů z jednání.*

[99.] *Účastník řízení namítá, že měl ve vnitřních předpisech stanovenou povinnost k vyhotovení záznamů z jednání (byť ne výslovně), přičemž také pracovníci útvaru 3700 tyto záznamy z jednání řádně pořizovali i před formálním upřesněním této povinnosti rozhodnutími manažerů příslušných útvarů. Na tom nic nemění, že rozhodnutí manažerů stanovilo podrobnější informace k postupu podle výše citovaných ustanovení, když tato povinnost byla ze strany pracovníků útvaru 3700 řádně plněna. Nehledě na výše uvedené bylo vytýkané jednání napraveno již na základě rozhodnutí manažerů.*

[100.] Bankovní rada odmítá námitku účastníka řízení jako účelovou, nepodloženou, a proto nedůvodnou a odkazuje na body 162 až 165 napadeného rozhodnutí, se kterými souhlasí.

[101.] Bankovní rada ve shodě se správním orgánem prvního stupně zdůrazňuje, že s ohledem na povahu, rozsah a složitost rizik spojených s modelem podnikání a činností účastníka řízení a s ohledem na zcela zásadní význam povinnosti pořizovat a uchovávat záznamy z jednání týkajících se investičních služeb a obchodů se zákazníky pro kontrolu, zda účastník řízení dodržuje své povinnosti vůči zákazníkům podle ZPKT, MAR a MiFIR, je zřejmé, že stanovením zcela obecné povinnosti „dodržovat ustanovení zákonů upravujících činnost ČS a poskytování investičních služeb (zejména ZPKT a další), ustanovení daná regulátory trhu (ČNB, BCPP - vyhlášky, pravidla a metodiky) pracovní postupy dle platných předpisů ČS a své pracovní povinnosti“ ve vnitřním předpise účastník řízení nemohl naplnit požadavky na řádné, resp. podrobné zapracování takto významné právní povinnosti do svých vnitřních předpisů, a to zejména z hlediska postupů účastníka řízení při výkonu dalších činností.

[102.] Bankovní rada považuje odkaz účastníka řízení na formální upřesnění vnitřními předpisy jinak stanovené povinnosti ze strany manažerů příslušných útvarů za ryze účelový, což dokládají citace v bodě 164 napadeného rozhodnutí.

IV. Námitky k plnění kontrolních povinností depozitáře [přestupek ad (iv) výroku I, skutek 4]

[103.] Účastník řízení namítá, že čl. 92 nařízení AIFMR a čl. 3 nařízení UCITS V jsou, jak vyplývá z nadpisu těchto článků, ustanoveními obecnými. Recitály mají výkladový charakter k těmto obecným ustanovením k povinnosti kontroly dodržování příslušných právních a správních předpisů, statutu a základacích dokumentů. Nelze pak z těchto recitálů dovozovat povinnost prověřování postupů a procesů obhospodařovatele, neboť tyto jen specifikují, byť demonstrativním výčtem, kontrolní činnosti jako kontrolu souladu investic se strategiemi fondu ve statutu a nabídkových dokumentech fondu, kontrolu dodržování případných investičních omezení, sledování transakcí a vyšetření jakékoli nezvyklé transakce.

[104.] S výkladem uvedeným v recitálu 109 nařízení AIFMR a recitálu 7 nařízení UCITS V korespondují i bližší postupy depozitáře při výkonu kontrol podle § 73 odst. 1 ZISIF, které jsou pak specifikovány v čl. 93 až 97 nařízení AIFMR a čl. 4 až 8 nařízení UCITS V. Aby byl depozitář schopen provádět kontroly podle uvedených článků nařízení AIFMR a nařízení UCITS V, je povinen vytvořit vhodné postupy ověření a sesouhlasení postupu obhospodařovatele v kontrolovaných oblastech, což ukládá čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR, resp. čl. 3 odst. 2 nařízení UCITS V. Tyto postupy je následně depozitář povinen revidovat s ohledem na činnost obhospodařovatele či fondu, aby bylo zřejmé, že jsou stále pro provádění kontroly dostačující.

[105.] Pokud jde o kontrolu existence a používání postupů obhospodařovatele, požadují její provádění depozitářem právní předpisy pouze: (a) v oblasti upisování a vyplácení jednotek fondu (čl. 93 odst. 1 nařízení AIFMR, resp. čl. 4 odst. 1 nařízení UCITS V) a (b) v oblasti oceňování aktiv fondu (čl. 94 odst. 1 nařízení AIFMR, resp. čl. 5 odst. 1 nařízení UCITS V), jiné články pak již od depozitáře nepožadují, aby kontroloval, zda má obhospodařovatel vytvořeny vhodné postupy a procedury. Právní úprava tak podle účastníka řízení pouze požaduje, aby depozitář: (a) v případě provádění příkazů obhospodařovatele ověřil, že tyto příkazy jsou v souladu s právními předpisy a statutem fondu, a především, zda dodržuje své investiční limity (čl. 95 nařízení AIFMR, resp. čl. 6 nařízení UCITS V), (b) vytvořil postup ke zjištění situací, kdy nebylo poskytnuto protiplnění z obchodů s majetkem fondu v obvyklé lhůtě (čl. 96 nařízení AIFMR, resp. čl. 7 nařízení UCITS V) a (c) prováděl kontrolu souladu rozdělování příjmů fondu v souladu s právními předpisy a statutem fondu (čl. 97 nařízení AIFMR, resp. čl. 8 nařízení UCITS V).

[106.] Z výše uvedeného je patrné, namítá účastník řízení, že kontrolu procesů a postupů obhospodařovatele regulace požaduje pouze v případě upisování a vyplácení jednotek a oceňování aktiv fondu. Pokud by zákonodárce požadoval, aby depozitář prováděl kontrolu procesů a postupů obhospodařovatele i v případě čl. 95 až 97 nařízení AIFMR, resp. čl. 6 až 8 nařízení UCITS V, tuto skutečnost by explicitně vyjádřil, stejně jako to učinil v čl. 93 a 94 nařízení AIFMR, resp. čl. 4 a 5 nařízení UCITS V.

[107.] Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně v oblasti oceňování aktiv fondu potvrdil, že depozitář provádí odpovídající kontroly adekvátním způsobem. Účastník řízení se proto domnívá, že tak činí i v oblasti upisování a vyplácení jednotek fondu. Obhospodařovatel postupy a procedury upisování a vyplácení jednotek specifikuje ve statutu každého fondu. Tento obsahuje pravidla, za jakých podmínek jsou investorovi připsány jednotky fondu a v jakých lhůtách, jaká jsou spojena s držením jednotek práva, jakým způsobem a v jakých lhůtách má investor podat žádost o vystoupení z fondu, stejně jako

pravidla pro stanovení výše výplaty za odkoupené jednotky a lhůty pro její výplatu. Depozitář po předložení statutu fondu obhospodařovatelem ověří, zda uvedená pravidla a postupy nejsou v rozporu s právními předpisy a dále jak jsou tyto postupy v praxi naplňovány.

[108.] *V návaznosti na vše výše uvedené účastník řízení nesouhlasí s extenzivním výkladem § 73 odst. 1 ZISIF ve spojení s čl. 92 odst. 2 nařízení AIFMR, resp. čl. 3 odst. 2 nařízení UCITS V, který není uplatňován ani v žádné ze zahraničních zemí, v nichž působí skupina Erste. Účastník řízení se také domnívá, že nastavení investičních postupů a procesů je plně v kompetenci obhospodařovatele a kontrola tohoto nastavení je předmětem posouzení ze strany dohledového orgánu. Případný zásah do investičních procesů ze strany depozitáře by měl být vnímán jako narušení neslučitelnosti výkonu činností obhospodařovatele a depozitáře.*

[109.] *Účastník řízení uvádí, že výše uvedený požadavek na kontrolu postupů a procedur je aplikovatelný pouze na fondy kolektivního investování a fondy kvalifikovaných investorů, jejichž obhospodařovatel je oprávněn přesáhnout rozhodný limit. Pro fondy tzv. podlimitních obhospodařovatelů se čl. 92 nařízení AIFMR nepoužije, přičemž ZISIF požadavek na kontrolu postupů a procedur obhospodařovatele depozitáři neukládá. Účastník řízení doplňuje, že vytykané jednání bylo napraveno v souladu s plánem nápravných opatření schváleným správním orgánem.*

[110.] *Bankovní rada odmítá námítky účastníka řízení jako nedůvodné a odkazuje na body 183 až 194 napadeného rozhodnutí, se kterými souhlasí.*

[111.] *Ve vztahu k námitce týkající se provedení nápravných opatření a jejich možného dopadu na výši uložené pokuty odkazuje bankovní rada na část IX tohoto rozhodnutí o rozkladu týkající se sankce.*

V. Námítky ke kontrolním postupům kontroly oceňování majetku INVESTIKA realitní OPF [přestupek ad (v) (a) výroku I skutek 5]

[112.] *Účastník řízení namítá, že skutek 5, za který je mimo jiné trestán, má charakter pochybení, které bylo řádně napraveno v souladu s plánem nápravných opatření schváleným Českou národní bankou, přičemž však při stanovení výše sankce bylo nedostatečně přihlédnuto k povaze, závažnosti přestupku a polehčujícím okolnostem.*

[113.] *Bankovní rada tuto námitku účastníka řízení odmítá jako nedůvodnou a odkazuje na bod 211 napadeného rozhodnutí, se kterým souhlasí. Dále bankovní rada podává podrobné odůvodnění výše uložené pokuty v části IX tohoto rozhodnutí o rozkladu týkající se sankce.*

VI. Námítky k ověřování postupů stanovení hodnoty nemovitostí v majetku investičního fondu výborem odborníků [přestupek ad (v) (b) výroku I, skutek 6]

[114.] *Účastník řízení namítá, že skutek 6 má charakter pochybení, které bylo řádně napraveno v souladu s plánem nápravných opatření schváleným Českou národní bankou, přičemž při stanovení výše sankce bylo nedostatečně přihlédnuto k povaze, závažnosti přestupku a polehčujícím okolnostem.*

[115.] *Bankovní rada tuto námitku účastníka řízení odmítá taktéž jako nedůvodnou a odkazuje na bod 220 napadeného rozhodnutí. Dále bankovní rada podává podrobné odůvodnění výše uložené pokuty v části IX tohoto rozhodnutí o rozkladu týkající se sankce.*

VII. Námítky ke kontrolním postupům kontroly přípustné skladby majetku INVESTIKA realitní OPF [přestupek ad (vi) (a) výroku I, skutek 7]

[116.] *Účastník řízení se neztotožňuje se závěry správního orgánu prvního stupně ohledně adekvátnosti nastavených kontrolních postupů, co se týče údajného porušení čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR. Ten totiž stanoví, že účastník řízení jako depozitář zejména sleduje, zda*

alternativní investiční fond dodržuje investiční omezení a limity pákového efektu stanovené v nabídkových dokumentech fondu, přičemž tyto postupy mají být úměrné povaze, rozsahu a složitosti alternativního investičního fondu.

[117.] *Dále účastník řízení namítá, že INVESTIKA realitní OPF je v souladu se statutem tohoto fondu podílovým fondem spíše konzervativní povahy, který nabývá méně riziková aktiva. Primárně se jedná zejména o aktiva jednoduššího charakteru – nemovitosti. Rizikovost fondu je navíc na škále SRRI na stupni č. 2 z maximálních 7. Dále u nemovitostních fondů a obecně u všech fondů investujících do alternativních aktiv je jako standardní nástroj evidence majetku, kontroly NAV a limitů fondů používán MS Excel, a to z toho důvodu, že transakce s aktivy takových fondů nelze jednoduše automatizovat (nemají jednoznačný ISIN nebo IČO).*

[118.] *Účastník řízení má tak za to, že pro účely tohoto převážně homogenního nekomplexního fondu jsou současné kontrolní postupy obsažené v souboru MS Excel úměrné povaze, rozsahu a složitosti tohoto fondu, když je umožněno vkládat data, která mají převážně homogenní charakter, a je podporována funkce sumy, a tudíž jsou v souladu s čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR.*

[119.] *Podle účastníka řízení je zmíněné pochybení individuálním lidským selháním, nikoliv neadekvátním systémovým nastavením modelu kontroly, přičemž u zjištěného pochybení nedošlo k překročení stanovených limitů. Účastník řízení též namítá, že vytýkané jednání bylo napraveno v souladu s plánem nápravných opatření schváleným Českou národní bankou.*

[120.] *Obdobné námitky uplatnil účastník již v řízení a správní orgán prvního stupně se s nimi v napadeném rozhodnutí dostatečně detailně vypořádal. Nad rámec námitek uplatněných v řízení na prvním stupni rozkladová argumentace nepřináší nic nového. Bankovní rada proto považuje tyto námitky účastníka řízení za nedůvodné a v podrobnostech odkazuje na body 234 až 236 napadeného rozhodnutí, se kterými souhlasí.*

[121.] *K námitce individuálního lidského selhání bankovní rada dodává, že nebyť nedostatečného systémového nastavení modelu kontroly, jakož i vnitřního kontrolního systému depozitáře (srov. elementární pochybení spočívající v absenci manažerské kontroly a nezavedení pravidla „čtyř očí“), nedošlo by ke spáchání přestupku. Kontrolní postupy v podobě, v jaké byly u účastníka řízení – depozitáře – zavedeny a uplatňovány, nevedly k odhalení porušování povinnosti podle čl. 95 písm. a) nařízení AIFMR. Tedy k vytýkanému přestupku, jak je popsán v bodě (vi) (a) výroku I napadeného rozhodnutí, nepochybně došlo.*

[122.] *Bankovní rada navíc považuje tyto námitky účastníka řízení za účelové, zvláště když individuální lidské pochybení, pokud jde o výkon funkce depozitáře, namítá významná instituce s dostatečnými zdroji k zajištění dodržování zákona, jakož i k zajištění průběžného vzdělávání kontrolních pracovníků. Podstatou přestupku jsou přitom v napadeném rozhodnutí doložené absentující kontrolní mechanismy, tím spíše, že jde o všem známá pravidla výkonu činnosti na finančním trhu typu „pravidla čtyř očí“.*

VIII. Námitky ke kontrole investičních limitů týkajících se poskytnutých úvěrů [přestupek ad (vi) (b) výroku I, skutek 8]

[123.] *Účastník řízení namítá, že skutek 8 má charakter pochybení, které bylo řádně napraveno v souladu s plánem nápravných opatření schváleným Českou národní bankou, přičemž při stanovení výše sankce bylo nedostatečně přihlédnuto k povaze a závažnosti přestupku a k polehčujícím okolnostem.*

[124.] *Bankovní rada tuto námitku účastníka řízení odmítá jako nedůvodnou a správním orgánem prvního stupně vypořádanou a odkazuje na bod 242 napadeného rozhodnutí,*

se kterým souhlasí. Dále bankovní rada podává podrobné odůvodnění výše uložené pokuty v části IX tohoto rozhodnutí o rozkladu týkající se sankce.

IX. Námitky k výši uložené pokuty

[125.] Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně provedl **nesprávnou právní kvalifikaci skutků 1 a 2** (tj. neuchovávání komunikace se zákazníky vedené přes nenahrávané telefonní linky a nahrávání telefonických hovorů přes aplikaci BeeMobile), neboť účastník řízení **těmito skutky neporušil zákon**, nejsou tedy přestupkem a nelze od nich odvozovat sankci. Vzhledem k tomu, že správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí při aplikaci absorpční zásady za nejzávažnější přestupek považoval neuchování záznamů podle § 17 ZPKT, tedy přestupek dle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28. 5. 2022, ke kterému podle účastníka řízení nedošlo, je potřeba při stanovení sankce vyjít z povahy a zjevně nižší závažnosti přestupků spáchaných ostatními skutky účastníka řízení.

[126.] Účastník řízení namítá, že i pokud by bankovní rada přesto dospěla k závěru, že skutek 1 a skutek 2, resp. i další pochybení uvedená ve výroku napadeného rozhodnutí, představují přestupek, **je vzhledem k řadě okolností (viz dílčí námitky níže) namísto zcela upustit od uložení sankce, případně ji výrazně snížit**. Podle účastníka řízení totiž správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí nedostatečně zohlednil obecné zásady ukládání trestů uvedené v § 37 odst. 1 písm. a) a c) zákona o přestupcích, tedy povahu a závažnost přestupku a polehčující okolnosti.

[127.] Podle účastníka řízení správní orgán prvního stupně **nedostatečně zohlednil konkrétní závažnost přestupku**, pro jejíž posouzení není hlavním kritériem skutková podstata přestupku, ale především intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Závažnost je nutno posuzovat především s ohledem na charakter individuálního objektu přestupku, tedy zájem, proti kterému přestupek směřuje a k jehož ochraně je příslušné ustanovení především určeno. Vzhledem k tomu, že jednáním účastníka řízení **nedošlo k žádné škodě ve sféře zákazníka, je závažnost daného přestupku velmi nízká**.

[128.] Podle účastníka řízení **zákonem chráněným zájmem § 17 odst. 2 ZPKT ve znění účinném do 30. 4. 2020**, resp. § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28. 5. 2022, je ochrana investorů, nikoliv zájem České národní banky na zajištění informovanosti o tom, jakým způsobem účastník řízení komunikuje se svými zákazníky a zda informace, které jim poskytuje, jsou úplné, pravdivé a kvalifikované. V této souvislosti odkazuje účastník řízení na odbornou literaturu a recitál 57 MiFID II. Účastník řízení dále uvádí, že za období od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018 eviduje pouze 240 stížností z celkového množství přibližně 4 651 000 provedených obchodů s investičními nástroji, přičemž kladně bylo vyřešeno 202 stížností zákazníků (tj. cca 84 %). Od 3. 1. 2021 do 20. 11. 2021 (tj. v době, kdy byla telefonní komunikace ohledně investičního poradenství nahrávána) účastník řízení eviduje 248 stížností na vadně poskytnuté investiční služby, přičemž kladně bylo vyřešeno 222 stížností zákazníků (tj. cca 90 %). Nicméně na zvýšení procenta kladně vyřešených stížností se podílí podle účastníka řízení též přechod na internetové bankovníctví George. Z toho důvodu od zavedení nahrávání veškeré komunikace zůstává toto procento až doposud přibližně stejné. I bez nahrávek požadovaných ze strany České národní banky bylo vyhověno většině stížností. S ohledem na provedenou kontrolu a nízké množství stížností je možné podle účastníka řízení dovodit, že poskytoval od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018 investiční služby řádně a s odbornou péčí. Nedošlo proto k narušení primárně chráněného zájmu na ochraně investorů. Účastník řízení namítá, že i kdyby měl povinnost nahrávat investiční poradenství, poskytoval zákazníkům investiční služby řádně a s odbornou péčí, a proto s ohledem na kontrolní funkci § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 **nedošlo k narušení chráněného zájmu tohoto ustanovení (ochrany investorů)**.

[129.] Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně dostatečně nezohlednil význam a rozsah následku přestupku a odůvodnění napadeného rozhodnutí je nepřezkoumatelné. Porušení povinnosti nahrávat telefonní komunikaci se zákazníkem podle § 17 odst. 2 ZPKT je sice ohrožovacím přestupkem, který znamená vyvolání stavu představujícího pro objekt přestupku (investory) hrozbu. Nicméně účastník řízení má (a měl i v období od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018) nastavené postupy, které znemožňovaly, aby samotná telefonická komunikace vyústila v přijetí / předání / provedení pokynu zákazníka. Tyto pokyny mohly být uděleny pouze prostřednictvím (i) osobní schůzky s pracovníkem, (ii) internetového bankovníctví, nebo (iii) Klientského centra (KCP). Nemohla proto nastat situace, kdy by přijetí / předání / provedení pokynu zákazníka nebylo zaznamenáno podle § 17 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Z toho důvodu nemohlo dojít k ohrožení zákazníka, a to ani v rozsahu, který dovozuje správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí. I z výkladu odpovědi na dotaz č. 8 Q&A, o který Česká národní banka opírá svůj výklad, je zjevné, že ESMA požaduje, aby investiční podniky zaznamenávaly veškeré telefonické rozhovory a elektronickou komunikaci. Je tomu tak proto, že nelze předem odhadnout, zda komunikace povede k uzavření transakce (tj. pracovník není schopen odhadnout, kdy konverzace dojde do bodu, kdy dojde k přijetí / předání / provedení pokynu). Je proto nutné nahrávat pouze zařízení, prostřednictvím kterých je možné dospět k přijetí / předání / provedení pokynu. V rámci poskytovaného investičního poradenství ale podle účastníka řízení nemohla nastat situace, která by vyústila v přijetí / předání / provedení pokynu a tento pokyn by nebyl nahrán (tj. vyústění komunikace v přijetí, předání nebo provedení pokynu bylo vždy řádně zaznamenáno). Rovněž v období od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018 (i) se rozsah veškeré komunikace se zákazníky ohledně investičního poradenství (které neměl povinnost nahrávat) pohyboval přes 80 % veškeré komunikace (oproti komunikaci se zákazníky týkající se investičních služeb, které zahrnují přijetí, předání nebo provedení pokynu zákazníka) a (ii) většina investičního poradenství byla poskytována prostřednictvím osobních schůzek. Účastník řízení podotýká, že správní orgán prvního stupně odůvodnil význam a rozsah následku přestupku obecně s odkazem na horní hranici přestupku, nikoliv konkrétně, jak to vyžaduje judikatura. Nedostatečné odůvodnění je důvodem nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí ve smyslu § 76 odst. 1 písm. a) a § 103 odst. 1 písm. c) soudního řádu správního.

[130.] Účastník řízení dále namítá, že správní orgán prvního stupně uložil nepřiměřeně vysokou sankci, když tato sankce je o polovinu vyšší než u obdobného případu Komerční banky, a.s., přestože porušení povinnosti dle § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 trvalo přibližně o polovinu kratší dobu než u Komerční banky, a.s. Z povahy a závažnosti přestupku obecně vyplývá, že v případě trvajících přestupků celková **doba udržování protiprávního stavu je určující pro posouzení jeho závažnosti**. Závažnějším jednáním tak bude delší doba trvání takového přestupku.

[131.] Účastník řízení namítá, že správní orgán prvního stupně nedostatečně zohlednil **polehčující okolnosti**. Podle účastníka řízení mají pochybení uvedená v napadeném rozhodnutí povahu nepřilíš závažných pochybení (tj. absence interních postupů účastníka řízení bez způsobené škody či újmy jeho zákazníkům), která byla podle plánu nápravných opatření schváleného Českou národní bankou navíc napravena. Tuto skutečnost by správní orgán prvního stupně měl dostatečně vzít v úvahu a při stanovení výše pokuty v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu posuzovat skutkový a právní stav ke dni vydání napadeného rozhodnutí.

[132.] Účastník řízení namítá, že **nejednoznačnost výkladu ZPKT ohledně rozsahu uchovávání záznamů telefonických hovorů dle § 17 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020** má vést k mírnějšímu postupu správního orgánu prvního stupně. Trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy, a proto každý právní předpis

omezující svobody nebo ukládající povinnosti musí být vykládán přesně a v případě pochybností spíše ve prospěch účastníka řízení v souladu se **základními principy trestání „in dubio mitius“ a „in dubio pro libertate“**. Dále odkazuje na judikaturu, např. nález Ústavního soudu ze dne 11. 4. 2001, sp. zn. II. ÚS 487/2000, dle kterého je možné extenzivním výkladem dovodit povinnosti k tíži pouze tehdy, jestliže interpretace za použití všech metod vede k nepochybnému závěru o smyslu a rozsahu předmětné právní normy. Dále odkazuje na odbornou literaturu, dle které podmínkou aplikace pravidla „in dubio pro libertate“ jsou rovnocenné výklady práva, což judikatura vyjadřuje různými obraty: (a) zákon připouští dvě možná řešení, (b) zákon umožňuje vícero argumentačně podložených výkladů, (c) žádná výkladová alternativa není zjevně a jednoznačně přesvědčivější než ostatní, (d) oba výklady dávají smysl; nebo (e) právní otázka je sporná či nejasná. Pokud správní orgán prvního stupně stanovil účastníkovi řízení sankci za porušení povinnosti uchovávat záznamy podle ustanovení § 17 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, jehož výklad účastník řízení považuje za sporný a nejasný, ukládá účastníkovi řízení sankci v rozporu s principy „nullum crimen, nulla poena sine lege“, „in dubio mitius“ a „in dubio pro libertate“.

[133.] Dle účastníka řízení lze spornost a nejasnost výkladu dovodit ze zprávy RIA, kterou český zákonodárce přijal a která objektivně popisuje stav, který na finančním trhu byl cca rok po nabytí účinnosti ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 (tj. i kdyby zprávu RIA nebylo možné použít k teleologickému výkladu, je možné ji využít ke dni uložení sankce k objasnění, zda předmětná norma v období od 3. 1. 2018 do 20. 11. 2018 byla sporná či nejasná). Podle této zprávy požadovala sama Česká národní banka v meziresortním připomínkovém řízení svůj výklad povýšit na úroveň zákona, aby nevznikaly pochyby. Ze zprávy RIA vyplývá, že výklad České národní banky byl extenzivní a na finančním trhu byla právní nejistota ohledně výkladu předmětného ustanovení.

[134.] Přestože ÚOOÚ není příslušný k výkladu ZPKT, vyplývá z jeho názoru také nejasnost ohledně rozsahu povinnosti dle ustanovení § 17 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Tedy pokud ani správní orgány nejsou zákonné ustanovení schopny jednoznačně vyložit, je otázkou, jak je má vyložit soukromoprávní subjekt.

[135.] Nejednoznačnost výkladu lze také dovodit z toho, že sankce za porušení povinnosti dle § 17 ZPKT byla uložena většině největších bank, a to společně: (a) Československá obchodní banka, a. s., ve správním řízení sp. zn. Sp/2016/251/573; (b) Raiffeisenbank a.s. ve správním řízení sp. zn. Sp/2017/362/573; (c) Fio banka, a.s., ve správním řízení sp. zn. Sp/2017/297/573; (d) Komerční banka, a.s., ve správním řízení sp. zn. Sp/2019/82/573 a (e) UniCredit Bank Czech Republic and Slovakia, a.s., ve správním řízení sp. zn. Sp/2018/298/573.

[136.] Bankovní rada nejdříve na úvod této části rozhodnutí o rozkladu připomíná, že pokuta má plnit podle teorie a praxe trestního práva funkci a) preventivní, tj. funkci výchovnou, a b) represivní. Jedním sledovaným cílem funkce preventivní je náprava na straně účastníka řízení (význam individuální prevence), druhým cílem je generálně-preventivní účel sankce. Smyslem uložení trestu v konkrétním případě je proto jak výchovné působení na účastníka řízení, tak výchovné působení na další dohlížené osoby. Pokud jde o represivní účel sankce, ten vychází ze základního předpokladu, že porušení zákona má být potrestáno a trest má být delikventem pocíten úkorně. Podle bankovní rady je také přirozené, že účastníci řízení zpravidla vnímají uloženou sankci jako nepříjemnou a úkornou, podstatné však je, aby uložená pokuta plnila svoje funkce. Bankovní rada v té souvislosti cituje z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 9/2008-133: „[t]o samozřejmě neznamená, že by pokuta za jiné správní delikty měla ztratit cokoli z své účinnosti. Naopak, ... aby pokuta za jiný správní delikt naplnila svůj účel z hlediska individuální i generální prevence, musí být

citelným zásahem do majetkové sféry pachatele. **Odpovídající intenzita majetkové újmy bude v konkrétních případech záviset na řadě faktorů, v první řadě však na závažnosti spáchaného deliktu.**“ (pozn. zvýrazněno bankovní radou). Tyto závěry dále vyplývají z nálezu Ústavního soudu ze dne 25. 10. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 14/09 (N 183/63 SbNU 117; 22/2012 Sb.): „[j]e samozřejmé, že uložení této sankce je pro pachatele nepřijemné a úkorné, avšak takový účinek je přirozenou a dokonce žádoucí vlastností jakékoli sankce – pokud by tomu tak nebylo, vytratil by se generálně preventivní smysl sankcí.“.

[137.] Při stanovování výše pokuty měl tudíž správní orgán prvního stupně vzít v úvahu zejména závažnost přestupku, která je dána mj. způsobem jeho spáchání, jeho následky a okolnostmi, za nichž byl spáchán, a přihlídnout k majetkovým poměrům účastníka řízení, jakož i k polehčujícím a přitěžujícím okolnostem, což podle bankovní rady učinil (viz body 253 až 270 napadeného rozhodnutí). Správní orgán prvního stupně totiž posoudil povahu a závažnost přestupků účastníka řízení (body 256 až 266 napadeného rozhodnutí), také vzal v úvahu souběhy přestupků (bod 256 napadeného rozhodnutí), správně aplikoval ve prospěch účastníka řízení absorpční zásadu (bod 257 napadeného rozhodnutí) a posoudil polehčující okolnosti, zejména přihlédl k bezodkladnému provádění nápravných opatření (bod 267 napadeného rozhodnutí). Správně také vyhodnotil, že upuštění od potrestání, resp. pouhé projednání není namístě (bod 267 napadeného rozhodnutí) a neshledal ani liberační důvody (bod 255 napadeného rozhodnutí). Správní orgán prvního stupně v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu přihlédl také k majetkovým poměrům účastníka řízení, ač ty zevrubně nehodnotil, což však není chybou, když z provedeného posouzení majetkových poměrů je na první pohled zřejmé, že pokuta nemá pro účastníka řízení likvidační povahu (majetkové poměry se pak posuzují zejména proto, aby uložená pokuta nebyla pro účastníka řízení likvidační a aby byla při jejím ukládání respektována zásada individualizace sankce). Správní orgán prvního stupně obecně odkázal na kontinuální rozhodovací praxi, z níž pokuta uložená účastníkovi řízení nijak nevybočuje.

[138.] Bankovní rada zdůrazňuje, že se účastník řízení svým protiprávním jednáním dopustil přestupků ve vícečinném souběhu. S využitím absorpční zásady ukládal správní orgán prvního stupně sankci za typově závažný přestupek, za který lze uložit pokutu až do výše 150 000 000 Kč. Pokud správní orgán prvního stupně uložil účastníkovi řízení pokutu ve výši 3 000 000 Kč, jedná se o pokutu uloženou při samé dolní hranici zákonného rozpětí (výše pokuty představuje 2 % horní hranice zákonné sazby). Tato výše podle bankovní rady svědčí o tom, že správní orgán prvního stupně zjevně přikládal provedeným nápravným opatřením, jakož i skutečnosti, že tato opatření byla, jak účastník řízení deklaroval, prováděna bezodkladně, značný význam.

[139.] Bankovní rada ve vztahu k zákonnému a judikatorně upřesněnému požadavku, aby uložená pokuta odpovídala závažnosti přestupku a došlo odpovídajícím způsobem k naplnění represivního i individuálně a generálně preventivního účinku, odkazuje mj. na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 96/2000 – 62 ze dne 21. 8. 2003, podle kterého se o zjevně nepřiměřenou sankci nejspíše nejedná v případě, kdy byla pokuta uložena těsně nad spodní hranicí zákonného rozpětí (v citovaném rozsudku se jednalo o sankci ve výši 4 % horní hranice zákonné sazby). S ohledem na vše výše uvedené podle bankovní rady pokuta uložená v napadeném rozhodnutí, ani pokuta bankovní radou snižená, není *prima facie* nepřiměřená jak k závažnosti přestupků účastníka řízení, tak k jeho majetkovým poměrům.

[140.] Bankovní rada dále odmítá námitky účastníka řízení, že skutky 1 a 2 nepředstavují přestupek, neboť opak je pravdou. Na rozdíl od správního orgánu prvního stupně nicméně bankovní rada připouští v určitém rozsahu **účastníkem řízení deklarovanou právní nejasnost ohledně výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, tj. v pro jeho věc rozhodném období**, kdy (už) neplatila jednoznačná podzákoná právní úprava a nebyla

(ještě) přijata změna textace zákona v § 17 odst. 2 ZPKT, zahrnující do rozsahu nahrávání jednoznačně všechny investiční služby poskytované zákazníkům. Bankovní rada ve prospěch účastníka řízení aplikovala zásadu *in dubio pro mitius*, tak jak navrhol v rozkladu, a aplikovala na jeho případ restriktivní výklad § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Změna právní úpravy však neovlivnila to, že se skutky 1 a 2 nepochybně staly, neboť z § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 jednoznačně plyne, že je nutno nahrávat a uchovávat záznamy telefonní komunikace týkající se přijímání a předávání pokynů, provádění pokynů a s odkazem na eurokonformní výklad a teleologický výklad též minimálně v určitém rozsahu také telefonní komunikace k investičnímu poradenství (srov. body 19, 34 a 51 tohoto rozhodnutí o rozkladu). To se prokazatelně na straně účastníka řízení nestalo, když ten nepožíval záznamy telefonické komunikace tam, kde je pořizovat bylo potřeba.

[141.] Bankovní rada současně příkládá ve svém rozhodování o výši sankce značný význam také souběhu vícero (celkem 8) přestupků účastníka řízení s tím, že jde o vícečinný souběh nestejnorodý, a dále tomu, že je nezbytné ve prospěch účastníka řízení aplikovat absorpční zásadu, podle které se ukládá sankce za přestupek nejzávažnější a spáchání dalších přestupků se má projevit ve výši sankce jako přitěžující okolnost.

[142.] S přihlédnutím ke všem těmto okolnostem podle bankovní rady byla v napadeném rozhodnutí uložena přiměřená pokuta, a to i když došlo k přijetí deklarovaných nápravných opatření ze strany účastníka řízení. Nicméně s ohledem na potřebu připustit, že závažnost vytýkaného protiprávního jednání ad (i) a ad (ii) výroku I napadeného rozhodnutí byla vzhledem k použití restriktivního výkladu v rozsahu akceptovaném bankovní radou, a vzhledem k účastníkem řízení namítané nejasnosti, nižší, než byla dovozena správním orgánem prvního stupně v napadeném rozhodnutí, jakož i s ohledem na nezbytnost respektovat zákaz *reformatio in peius* (tj. nemožnost na druhém stupni zvýšit ukládanou sankci), který by při zachování uložené výše sankce při současném zaujetí restriktivního výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 bankovní radou a účastníkem řízení namítané nejasnosti zákona mohl být porušen, **rozhodla bankovní rada o snížení uložené pokuty na 2 750 000 Kč, tedy o 250 000 Kč.** Takto ukládaná snížená sankce nadále odpovídá závažnosti protiprávního jednání účastníka řízení, za které je s využitím absorpčního principu při vícečinném souběhu postihován. Je také v souladu s dosavadní rozhodovací praxí a stále jde o sankci ukládanou na samé dolní hranici zákonné sazby. Nově ukládaná nižší pokuta reflektuje také to, že investiční službu investiční poradenství byl účastník řízení povinen nahrávat i při restriktivním výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, a to alespoň v nějakém rozsahu, viz body 19, 34 a 51 tohoto rozhodnutí o rozkladu. Bankovní rada nemohla současně přistoupit k výraznějšímu snížení pokuty, nebo upustit od potrestání, aby v tomto případě uložená pokuta byla vůbec způsobilá na účastníka řízení, jakož i na další povinné osoby působit preventivně. Nadto nelze pominout ani to, že pokuta má být způsobilá plnit funkci represivní, kterou by při ještě výraznějším snížení, vzhledem k majetkovým poměrům účastníka řízení a s ohledem na závažnost přestupku účastníka řízení, neplnila.

[143.] Bankovní rada v souvislosti s námitkou účastníka řízení nicméně odmítá, že by nejasnost výkladu zákona měla být bez dalšího založena počtem v minulosti postižených delikventů, kteří mezi jinými přestupky spáchali obdobný přestupek jako účastník řízení. V této logice účastníka řízení by řada přestupků na úseku pravidel silničního provozu (např. překročení rychlosti) byla dána jen nejasností zákona, ač tomu tak zcela zjevně není.

[144.] Argumentaci účastníka řízení **srovnatelnými případy** nepovažuje bankovní rada bez dalšího za relevantní a důvodnou, tj. tato argumentace samotná bez dalšího není způsobilá vést k úvaze o snížení pokuty. Je tomu tak zejména proto, že účastník řízení ve skutečnosti nepředkládá srovnatelné případy, ať už proto, (i) že pokuta byla ukládána

za existence jiné právní úpravy, tj. v době existence podzákoného právního předpisu žádná nejasnost výkladu vůbec nebyla dána, viz případ ČSOB, nebo (ii) šlo o vícečinné souběhy různých přestupků, tady lze odkázat na případ Komerční banky, a.s., kdy za nejzávažnější byl považován přestupek spočívající v nepořizování záznamů z osobních jednání se zákazníkem, a za ten byla ukládána Komerční bance, a.s., s využitím absorpční zásady pokuta (proto nedává mnoho smyslu argumentovat kratší délkou doby nepořizování záznamů telefonních hovorů ze strany Komerční banky, a.s., ve prospěch nižší pokuty pro účastníka řízení), nebo (iii) s ohledem na rozdílnou závažnost a počet jednotlivých vytykaných přestupků toho kterého účastníka řízení (závažnost postihovaného přestupku je dána nejen délkou protiprávního jednání, ale např. také počtem případů porušení zákona, počtem přestupků).

[145.] Bankovní rada ve vztahu k účastníkem řízení namítanému případu ČSOB odkazuje na bod 65 rozhodnutí bankovní rady č. j. 2017/110606/CNB/110 ze dne 10. 8. 2017, ve kterém bankovní rada konstatovala „Bankovní rada dále zdůrazňuje, že uložená pokuta je ve vztahu k horní hranici výměry pokuty, která činí u nejzávažnějšího deliktu, za který je účastník řízení postihován (tj. nenahrávání a neuchovávání komunikace se zákazníky), 20 000 000 Kč, relativně nízká (s ohledem na závažnost deliktů účastníka řízení a jeho majetkové poměry). Pokuta byla totiž uložena ve výši 10 % maximální výše peněžitě sankce. Při ukládání pokuty byl přitom uplatněn absorpční princip, tedy byl zohledněn souběh více deliktů.“. Byla-li tedy v případě ČSOB uložena pokuta 2 000 000 Kč při horní hranici zákonné sankce 20 000 000 Kč a v případě účastníka řízení pokuta 3 000 000 Kč při horní hranici zákonné sankce 150 000 000 Kč, byl ve skutečnosti účastník řízení postižen mírněji než v případě ČSOB, kterého se ve svůj prospěch dovolává. To současně vede bankovní radu k úvaze o vhodnosti zpřísnit sankční praxi správního orgánu prvního stupně v oblasti přestupků spočívajících v nenahrávání záznamů telefonní komunikace v rozsahu vyžadovaném zákonem. Došlo-li ke zvýšení horní hranice zákonné sankce na 150 000 000 Kč, není nadále účelné pokračovat v dosavadní sankční praxi, kdy byly ukládány správním orgánem prvního stupně pokuty v rozmezí 2 000 000 Kč a 4 000 000 Kč. To platí tím spíše, že přestupky v této oblasti se opakovaně vyskytují a jsou typově závažné.

[146.] Bankovní rada nepovažuje nad rámec shora uvedeného dále za potřebné detailně popisovat, v čem se účastníkem řízení uváděné případy zásadně odlišují od jeho případu, a odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 60/2016 - 156 ze dne 15. 7. 2016, kde soud uvedl: „**správní praxe sama o sobě nepředstavuje právní rámec pro ukládání pokut, ale slouží jako referenční hledisko ve vztahu k dodržování zásad rovného zacházení a zákazu libovůle, a je tak významným vodítkem bránícím neodůvodněným excesům při správním trestání a nepředstavuje překážku pro jakékoli změny a rozdíly stanovování výše pokut v jednotlivých případech** (srov. rozsudky ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 AfS 58/2009-541, publ. pod č. 2119/2010 Sb. NSS a ze dne 4. 7. 2012, č. j. 6 Ads 129/2011-119). **Srozumitelným způsobem odůvodnil, že nepřiměřenost uložené sankce nelze odůvodňovat odkazem na pokutu uloženou ve skutkově zcela odlišné věci, příp. na prostý součet pokut uložených v jiných řízeních. Z tohoto hlediska lze porovnávat pouze skutkově shodné, příp. velmi podobné věci.**“ Bankovní rada dále připomíná rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 82/2019 - 49 ze dne 25. 4. 2019, ve kterém soud konstatoval: „[p]ři posouzení rozhodování správního orgánu ve srovnatelných věcech se tedy v tomto případě **nelze spokojit s pouhým mechanickým srovnáním věcí, v nichž byla uložena pokuta za správní delikt upravený v témže zákonném ustanovení. Pro posouzení přiměřenosti výše pokuty uložené v dané věci lze tedy za relevantní považovat pouze skutkově shodné anebo podobné případy, jak vyžaduje § 2 odst. 4 správního řádu.**“ Bankovní rada odkazuje také na rozhodnutí Městského soudu v Praze č. j. 6 Af 55/2019 - 83 ze dne 17. 2. 2022, ve kterém soud v bodě 100 konstatoval, že „nepovažuje za potřebné, **aby správní orgány ukládající pokuty ve svých rozhodnutích uváděly a obsáhle porovnávaly**

jiná obdobná sankční rozhodnutí tak, aby bylo doloženo, že dostaly povinnosti dle ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu“. Tyto závěry vycházejí z dřívější judikatury Nejvyššího správního soudu, srov. rozsudek č. j. 4 As 228/2019 - 30 ze dne 29. 8. 2019, ve kterém soud uvedl, že „lze poukázat na skutečnost, že **není bez dalšího povinností správních orgánů při ukládání sankce v každém jednotlivém případě podrobně popisovat svou rozhodovací praxi**“, nebo rozsudek č. j. 10 As 60/2017 - 87 ze dne 28. 2. 2018, kde soud uvedl: „Na tomto místě pak NSS dává za pravdu žalované, že **není žádoucí, aby každé jednotlivé rozhodnutí o uložení pokuty obsahovalo vymezení se proti jiným případům**, které by mohly být podobné případu právě posuzovanému.“ (pozn. zvýrazněno bankovní radou). K rozhodovací praxi správního orgánu prvního stupně bankovní rada dodává, že v případech namítaných účastníkem řízení byly uloženy pokuty v rozmezí 2 000 000 Kč až 4 000 000 Kč, pokuta uložená účastníkovi řízení ve výši 3 000 000 Kč, snižená na 2 750 000 Kč, tedy nikterak nevybočuje z dosavadní rozhodovací praxe správního orgánu prvního stupně.

[147.] Bankovní rada s ohledem na vše shora uvedené neshledala porušení „řady zásad správního trestání“, jak nepodloženě namítá účastník řízení.

[148.] K zásadě týkající se **povinnosti zohlednit konkrétní závažnost přestupku** bankovní rada konstatuje, že k naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28. 5. 2022 dochází **bez ohledu na skutečnost, zda v konkrétním případě dojde příslušným jednáním ke vzniku škody** na majetku zákazníků, či nikoli. Vznik škody netvoří obligatorní znak skutkové podstaty tohoto přestupku. Bankovní rada potom nehodnotí závažnost daného přestupku (skutek 1 a 2) účastníka řízení jako nízkou, natož velmi nízkou, neboť nepořizováním telefonních nahrávek hovorů mohla být znemožněna průběžná kontrola kvality poskytovaných služeb ze strany orgánu dohledu. Nelze odhlédnout ani od toho, že bez pořízení nahrávky je současně ztížena možnost obrany zákazníka v případném sporu vůči účastníkovi řízení. Bankovní rada upozorňuje, že je třeba rozlišovat typovou závažnost přestupku, danou zejména horní hranicí zákonné sazby, od konkrétní závažnosti přestupku účastníka řízení, jak učinil v napadeném rozhodnutí i správní orgán prvního stupně.

[149.] Bankovní rada v té souvislosti dále zdůrazňuje, že předmětný přestupek má povahu ohrožovacího přestupku. K naplnění skutkové podstaty **ohrožovacího přestupku** přitom stačí právě hrozba následků, a přestupek je dokonán již jednáním, které má charakter pouhého ohrožení zákonem chráněného zájmu, aniž by bylo požadováno, aby došlo k poruchovému následku, tedy v daném případě k porušení povinnosti vůči zákazníkům, ke vzniku škody na majetku zákazníků nebo narušení řádného fungování trhu. Toto posouzení ze strany správního orgánu prvního stupně je v souladu s konstantní judikaturou, srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 62/2011 - 78 ze dne 20. 3. 2012, ve kterém soud k ohrožovacímu deliktu konstatoval: „[s]oučástí jeho skutkové podstaty totiž není účinek v podobě škodlivého následku, nýbrž pouze ohrožení či porušení zájmů, jež jsou chráněny příslušným zákonem (srov. přiměřeně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 2. 2005, čj. 6 A 109/2000 - 73, č. 583/2005 Sb. NSS)“.

[150.] **K zákonem chráněnému zájmu** bankovní rada uvádí, že skutková podstata přestupku podle § 164 odst. 1 písm. w) ZPKT ve znění účinném do 28. 5. 2022 spočívá v tom, že pachatel „neuchová dokumenty nebo záznamy podle § 17“. Z ustanovení § 17 odst. 1 ZPKT jednoznačně vyplývá, že účelem povinnosti pořizovat a uchovávat záznamy je primárně to, „aby na jejich základě mohla Česká národní banka sledovat dodržování požadavků podle tohoto zákona (...), zejména zda obchodník s cennými papíry dodržuje své povinnosti vůči zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům a zda nenarušuje řádné fungování trhu“. Důvodová zpráva k novele ZPKT transponující MiFID II (zákon

č. 204/2017 Sb.) k ustanovení § 17 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020 konstatuje: „Odstavce 2 až 5 je třeba vnímat jako podrobná pravidla ve vztahu k odstavci 1.“ Podle bankovní rady je tedy zřejmé, že také pořizování a uchovávání záznamů telefonních hovorů má tento účel. Též z recitálu 57 MiFID II a recitálu 92 nařízení 2017/565 vyplývá, že primárním cílem povinnosti vést záznamy je schopnost příslušných orgánů dohledu plnit jim svěřené dohledové úkoly, a tím naplňovat cíl regulace spočívající v ochraně drobných investorů.

[151.] Skutečnost, zda účastník řízení v rozhodném období poskytoval (či neposkytoval) zákazníkům investiční služby řádně a s odbornou péčí, a kolik stížností účastník řízení v rozhodném období obdržel a kolik z nich kladně vyřídil, je také z hlediska naplnění skutkové podstaty vytýkaných přestupků irelevantní. Podle bankovní rady na základě počtu stížností a podílu kladně vyřízených stížností **nelze dovozovat**, že účastník řízení **v rozhodném období poskytoval investiční služby řádně a s odbornou péčí**.

[152.] **K následku přestupku** bankovní rada odkazuje na body 251 a 253 až 270 napadeného rozhodnutí, s korekcí danou restriktivním výkladem v rozsahu aprobovaném bankovní radou. Z odpovědi na dotaz č. 8 Q&A lze totiž bezpečně dovodit, že je nutné nahrávat zařízení, jejichž prostřednictvím lze dospět k přijetí, předání nebo provedení pokynu. Podle bankovní rady je nutné v určitém rozsahu, a to i při výkladu zastávaném účastníkem řízení, v rozhodném období trvat na nahrávání telefonních hovorů investičního poradenství. Skutečnost, že pokyny mohly být v případě účastníka řízení uděleny pouze prostřednictvím jiných komunikačních kanálů než telefonicky, nevylučuje, že původ konkrétního pokynu ležel právě v rámci telefonicky poskytovaného investičního poradenství. Je třeba respektovat, že podle zákona platí, že „záznamy (telefonických hovorů) se vedou i tehdy, bylo-li jejich účelem uzavření obchodu nebo poskytnutí investiční služby podle věty první, avšak k tomuto uzavření obchodu ani k poskytnutí této investiční služby nedošlo“.

[153.] **K délce protiprávního jednání** se již vyjádřila bankovní rada výše v bodě 144 tohoto rozhodnutí o rozkladu. Tady jen pro stručnost konstatuje, že závažnost přestupku je nutno hodnotit také podle dalších kritérií podle § 37 přestupkového zákona. Ve vztahu k případu Komerční banky, a.s., bankovní rada dodává, že té byla uložena pokuta 2 000 000 Kč, když Komerční banka, a.s., se dopustila 4 přestupků v souběhu, na rozdíl od účastníka řízení, který se dopustil 8 přestupků v souběhu, a to nejen v oblasti uchovávání záznamů komunikace se zákazníky týkající se investičních služeb, ale také v oblasti činnosti depozitáře.

[154.] **K zohlednění námítky nejasného právního výkladu** odkazuje bankovní rada na body 140 až 142 tohoto rozhodnutí o rozkladu, když k této okolnosti bankovní rada přihlédla jako k polehčující a přistoupila ke snížení ukládané pokuty.

[155.] Pokud jde o **posouzení úsilí účastníka řízení o nápravu závadného stavu jako polehčující okolnosti**, je podle bankovní rady zjevné, že k této okolnosti správní orgán prvního stupně při ukládání pokuty výrazně přihlížel. Bankovní rada v té souvislosti znovu připomíná, že pokuta byla v napadeném rozhodnutí uložena na samé dolní hranici zákonné sazby.

[156.] Náprava na straně účastníka řízení sama o sobě nemůže vést k rozhodnutí o upuštění od potrestání, jak navrhuje účastník řízení. Bankovní rada odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 30/2021 - 61 ze dne 7. 12. 2022, ve kterém soud konstatoval: „[i] když stěžovatelka svá pochybení napravila již před vydáním prvostupňového rozhodnutí, tak přesto platí, že udržovala po nikoli krátkou dobu protiprávní stav [...]. **Toto protiprávní jednání dosahovalo takové intenzity, že nebylo na místě, aby žalovaná upustila od uložení jakékoli sankce, [...].** Jak uvedl již městský soud, **pokud by stěžovatelce nebyla uložena žádná sankce, nebylo by zaručeno, že proběhnuvší řízení v dostatečné míře výchovně zapůsobí v tom směru, aby se stěžovatelka do budoucna podobného jednání**

vyvarovala. Nadto trestání má svou dimenzi nejen v rovině individuální prevence, ale také prevence generální a roli hraje i represivní funkce. **Pokud by snad mělo být od trestání upuštěno vždy, když pachatel svého jednání zanechá či je napraví, vyprázdnil by se vůbec smysl sankčních řízení.** Proto nejsou nyní relevantní ani námitky, že stěžovatelka prostřednictvím své sesterské společnosti nabízí dluhopisy již plně v souladu se zákonem.“ (pozn. zvýrazněno bankovní radou).

[157.] Bankovní rada zdůrazňuje, že **není naprosto myslitelné upuštění od potrestání, jak mj. navrhuje účastník řízení.** Došlo totiž ke spáchání 8 závažných přestupků ve vícečinném souběhu a sankce je ukládána za typově závažný přestupek se stanovenou horní hranicí zákonné sankce 150 000 000 Kč a s využitím absorpčního principu. Bankovní rada konstatuje, že **materiální znak** přestupků účastníka řízení shledala bez jakýchkoli pochybností, neboť projednávané přestupky účastníka řízení jsou závažné nejen typově, ale také individuálně, a to i při zaujetí restriktivního výkladu § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020. Ke snížení pokuty přistoupila bankovní rada v tomto případě pouze s ohledem na zcela výjimečné okolnosti tohoto případu, dané zejména několikerými změnami rozhodné právní úpravy týkající se nahrávání záznamů telefonních hovorů, která byla složitá a ne zcela snadno vyložitelná, zejména pokud jde o rozsah nahrávání investiční služby investiční poradenství.

[158.] Bankovní rada má s ohledem na vše výše uvedené za to, že správní orgán prvního stupně dostal povinností, které mu ukládá zákon. Nad rámec posouzení ze strany správního orgánu prvního stupně přihlédla bankovní rada k některým námitkám účastníka řízení týkajícím se nejasného výkladu zákona a potřebě použít v jeho případě restriktivní výklad § 17 odst. 2 ZPKT ve znění do 30. 4. 2020, a uloženou pokutu proto odpovídajícím způsobem snížila. Nově stanovená výše pokuty odpovídá skutkovým okolnostem a závažnosti protiprávního jednání účastníka řízení. Druh a výše uložené pokuty podle bankovní rady respektují zásadu individualizace sankce a důvody jejího uložení jsou v napadeném rozhodnutí ve spojení s tímto rozhodnutím o rozkladu řádně popsány.

[159.] Bankovní rada nezjistila v řízení, které předcházelo rozkladem napadenému rozhodnutí, ani v napadeném rozhodnutí pochybení ze strany správního orgánu prvního stupně, která by měla vliv na to, že se přestupky účastníka řízení, tak jak popsáno ve výroku napadeného rozhodnutí, staly. S ohledem na to považuje bankovní rada rozklad jen za částečně důvodný a rozhodla tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se v souladu s ustanovením § 152 odst. 5 ve spojení s § 91 odst. 1 správního řádu nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. Ing. Eva Zamrazilová, CSc.
viceguvernérka
podepsáno elektronicky

prof. Ing. Oldřich Dědek, CSc.
člen bankovní rady
podepsáno elektronicky