Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2011, sp. zn. 5 Tdo 209/2011, ECLI:CZ:NS:2011:5.TDO.209.2011.1

Číslo: 66/2013

Právní věta:

I. Výkon advokacie je poskytování právních služeb ve smyslu § 1 odst. 2 zák. č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, advokátem, tj. osobou právnicky vzdělanou, zvláště kvalifikovanou, která je zapsána v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou. Je-li v rozporu s ustanovením § 1 odst. 1 zákona o advokacii prováděn jinou osobou ve větším rozsahu, naplňuje znaky trestného činu neoprávněného podnikání podle § 118 odst. 1 tr. zák., nebo po 1. 1. 2010 trestného činu neoprávněného podnikání podle § 251 odst. 1 tr. zákoníku.

II. Výkon advokacie však nelze ztotožňovat s poskytováním právních služeb, které zahrnují právní pomoc, právní porady, sepisování listin, činnosti spojené s vyúčtováním služeb apod., neboť tyto jsou oprávněny poskytovat i jiné osoby, např. notáři, soudní exekutoři, patentoví zástupci, daňoví poradci a také další osoby, jimž zvláštní zákon svěřuje oprávnění poskytovat právní služby (srov. § 2 odst. 2 zák. č. 85/1996 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

Soud: Nejvyšší soud

Datum rozhodnutí: 30.03.2011

Spisová značka: 5 Tdo 209/2011

Číslo rozhodnutí: 66

Číslo sešitu: 9

Typ rozhodnutí: Usnesení

Hesla: Neoprávněné podnikání

Předpisy: § 251 odst. 1 tr. zákoníku

Druh: Rozhodnutí ve věcech trestních

Sbírkový text rozhodnutí:

Z odůvodnění:

Rozsudkem Krajského soudu v Ostravě, který rozhodoval jako soud odvolací o odvolání obviněné, ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. 7 To 179/2010, byl podle § 258 odst. 1 písm. b) tr. ř. zrušen napadený rozsudek Okresního soudu ve Frýdku-Místku ze dne 1. 4. 2010, sp. zn. 4 T 42/2009, a za použití § 259 odst. 3 tr. ř. odvolací soud nově uznal obviněnou M. A. vinnou trestným činem neoprávněného podnikání podle § 118 odst. 1 tr. zák., kterého se měla dopustit tím, že nejméně v období ode dne 16. 1. 2008 do 9. 10. 2008 ve F.-M. na ul. F. č. p. 23, či jinde, jako jediná společnice a jednatelka

společnosti JFT c., s. r. o., O.-M. H., poskytovala právní služby, spočívající zejména v zakládání společnosti s ručením omezeným, vyhotovení smluv o převodu obchodních podílů, sepisování kupních smluv, dohod o převodu členských práv a povinností, smluv o advokátní úschově, dále v poskytování právních porad, v přijímání peněz do advokátní úschovy, za což byla účtována odměna, a takto jednala přesto, že se jedná o úkony, které jsou podle zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, oprávněny poskytovat pouze osoby, uvedené v § 2 odst. 1, 2 tohoto zákona, přičemž obviněná touto osobou nebyla, a takto nejméně:

1. dne 16. 1. 2008 sepsala kupní smlouvu na prodej nemovitosti mezi prodávající G. S. a M. A. a J. A., jejímž předmětem byl podíl ve výši 1.543/10.000 na budově č. p. 535, stojící na pozemku parc. č. 882/1 v k. ú. M. O., dále dne 18. 1. 2008 sepsala Smlouvu o advokátní úschově mezi složitelem M. A., oprávněnou G. S. a Mgr. M. A. jako advokátem, na základě které převzala do své úschovy částku 2 200 000,- Kč, když dne 1. 4. 2008 hotovost ve výši 1 863 430 Kč řádně vyplatila oprávněné G. S.,

2. dne 26. 3. 2008 na základě plné moci podepsané téhož dne převzala zastoupení R. G., v exekučním řízení vedeném u Okresního soudu ve Frýdku-Místku pod sp. zn. 34 E 172/2006, když podle vyúčtování odměn a nákladů advokáta vyúčtovala odměnu ve výši 1 000,- Kč,

3. dne 21. 4. 2008 sepsala dohodu o převodu členských práv a povinností, jejímž předmětem byl převod členského podílu R. Ř., v B. d. SBD P. na S. G., dále téhož dne sepsala smlouvu o advokátní úschově, na základě které převzala od nabyvatele členských práv a povinností S. G. částku ve výši 585 000,- Kč, kterou později podle této smlouvy řádné vyplatila oprávněnému R. Ř., a za tyto služby vyúčtovala S. G. odměnu ve výši 4 200,- Kč,

4. dne 6. 5. 2008 sepsala kupní smlouvu na prodej nemovitosti, kterou uzavřeli prodávající B. L., a kupující D. K., jejímž předmětem byl prodej bytové jednotky, společně s podílem na společných prostorách bytového domu a pozemku, dále téhož dne sepsala smlouvu o advokátní úschově, na základě které převzala od kupující D. K. částku ve výši 840 000,- Kč a za tyto služby vyúčtovala D. K. odměnu ve výši 3 750,- Kč,

5. dne 16. 5. 2008 vyúčtovala R. A., za převzetí a přípravu zastoupení a další úkony v jeho věci jako žalobce proti ČR, Ministerstvu spravedlnosti ČR, o náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem, ve které jej zastupovala, částku 64 042,- Kč, a to podle vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu,

6. dne 21. 5. 2008 sepsala smlouvu o advokátní úschově, na základě které převzala od složitele P. Ž. jako schovatelka částku ve výši 1 090 000,- Kč, kterou měla později podle této smlouvy vyplatit oprávněné S. G., a za tyto služby vyúčtovala S. G. odměnu ve výši 3 570,- Kč,

7. dne 3. 6. 2008 sepsala kupní smlouvu na nemovitosti mezi prodávajícími M. S., a L. S., a kupujícími M. T. a A. T., jejímž předmětem byl prodej bytové jednotky, včetně příslušných spoluvlastnických podílů na příslušných částech domu, dále zpracovala návrh na vklad vlastnického práva do katastru nemovitostí, za což jim vyúčtovala odměnu ve výši 5 250,- Kč, kterou jí téhož dne M. S. vyplatil,

8. dne 21. 7. 2008 sepsala smlouvu o převodu obchodního podílu společnosti B. O. D. 99, s. r. o., mezi Ing. M. H., a H. G. a za toto a další právní služby vyúčtovala společnosti B. O. D. 99, s. r. o., odměnu ve výši 13 126,- Kč,

9. dne 23. 7. 2008 sepsala dohodu o převodu členských práv a povinností, jejímž předmětem byl převod členského podílu Ing. Z. Š., v B. d. N. H. na M. M., dále téhož dne sepsala Smlouvu

o advokátní úschově, na základě které převzala od nabyvatele členských práv a povinností M. M. částku ve výši 830 000,- Kč do své úschovy, a za tyto služby vyúčtovala oběma účastnicím odměnu ve výši 3 750,- Kč,

10. dne 2. 9. 2008 sepsala dohodu o úpravě majetkových a bytových vztahů pro dobu po rozvodu manželství mezi manžely Ing. V. Ch. a M. Ch., za což vyúčtovala odměnu ve výši 2 380,- Kč,

11. dne 10. 9. 2008 poskytla právní služby společnosti KM S., s. r. o., za což vyúčtovala odměnu ve výši 5 343,- Kč,

12. dne 26. 9. 2008 sepsala na základě požadavku společnosti P. S., s. r. o., kupní smlouvu na prodej nemovitosti mezi prodávajícím P. P., a kupujícími M. K., a M. K., jejímž předmětem byl prodej bytové jednotky včetně příslušných spoluvlastnických podílů na společných částech domu a pozemku, kdy odměna za tento úkon byla součástí paušální platby na základě Smlouvy o vedení účetnictví a právním poradenství se společností P. S.,

13. dne 9. 10. 2008 vyúčtovala společnosti G. F., s. r. o., za úkony související se založením této společnosti, mimo jiné vyhotovení prohlášení správce vkladu částku 10 000,- Kč.

Za tento trestný čin byla obviněná M. A. odsouzena podle § 118 odst. 1 tr. zák. k trestu odnětí svobody v trvání 4 (čtyř) měsíců. Podle § 58 odst. 1, § 59 odst. 1 tr. zák. jí byl výkon tohoto trestu podmíněně odložen na zkušební dobu v trvání 12 (dvanácti) měsíců. Podle § 53 odst. 1 tr. zák. jí byl uložen peněžitý trest ve výměře 80 000,- (osmdesáttisíc) Kč, přičemž pro případ, že by nebyl peněžitý trest ve lhůtě vykonán, jí byl podle § 54 odst. 3 tr. zák. stanoven náhradní trest odnětí svobody v trvání 3 (tří) měsíců.

Naproti tomu byla obviněná M. A. podle § 226 písm. b) tr. ř. zproštěna obžaloby Okresního státního zastupitelství ve Frýdku-Místku ze dne 2. 3. 2009, sp. zn. 1 ZT 389/2008, že

1. dne 1. 7. 2008 sepsala smlouvu o půjčce mezi věřitelem D. V. a dlužníkem D. S., jejímž předmětem byla půjčka v hotovosti ve výši 100 000,- Kč,

2. dne 18. 8. 2008 sepsala na základě požadavků T. H. smlouvu o obchodním zastoupení mezi společnostmi J. p. N. P., a. s., a S. p., a. s., jejímž předmětem byl prodej minerálních a stolních vod na území Č.,

3. dne 8. 10. 2008 sepsala jménem M. N. výzvu k vypořádání společného jmění manželů na adresu J. N., bývalého manžela M. N., dále dne 11. 9. 2008 jí poskytla v této věci právní poradu,

4. ode dne 30. 8. 2008, převzala zastoupení společnosti PPK B. d., ve věci kontroly Úřadu práce ve F.-M. v této společnosti, čímž měla spáchat dílčí útoky trestného činu neoprávněného podnikání podle § 118 odst. 1 tr. zák., neboť tyto skutky označené v žalobním návrhu nejsou trestným činem.

Proti uvedenému rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. 7 To 179/2010, podala obviněná M. A. prostřednictvím obhájce JUDr. J. T. dovolání z důvodu uvedeného v § 265b odst. 1 písm. g) tr. ř. V podrobnostech dovolatelka zdůraznila, že již v odvolání namítla, že si Okresní soud ve Frýdku-Místku neujasnil právní povahu jednotlivých živností, k nimž měla společnost JFT c., s. r. o., živnostenská oprávnění, přičemž v návaznosti na zákonné vymezení realitní činnosti uvedla, že základní tezí, s níž se okresní soud v odůvodnění svého rozsudku vůbec nevypořádal, bylo, že podnikatel, k jehož předmětu podnikání patří sepisování právních dokumentů, je oprávněn takové

smlouvy sepisovat sám, má-li k tomu potřebné znalosti, nebo tak může činit prostřednictvím svého zaměstnance, který takové znalosti má. Taková činnost pak je součástí příslušného živnostenského oprávnění a nelze ji považovat za samostatné a neoprávněné poskytování právních služeb. Podle dovolatelky je toto stanovisko podporováno i samotnou Českou advokátní komorou a odkázala přitom na článek „Kdo je právník, advokát, notář“, sepsaný PhDr. I. Ch., podle které je právník obecné označení člověka, který získal vysokoškolské vzdělání ve studijním oboru právo a který využívá své dosažené vědomosti v praxi svého povolání, bez ohledu na to, o jaké povolání jde.

Dovolatelka dále uvedla, že odůvodnění rozsudku odvolacího soudu je vnitřně rozporné, a to zejména ve vztahu k bodu 5 skutkového výroku, když obviněná svého bratra nezastupovala, ale zastupoval jej JUDr. T. Ch. Obviněná vyúčtování provedla jako podklad pro vyčíslení nákladů právního zastoupení. To, že vyúčtování má podobu faktury společnosti JFT bylo způsobeno tím, že takto vyúčtování provádí účetní program. Tato faktura nikdy nebyla zanesena do účetnictví společnosti JFT a nikdy jí nebyla proplacena. S těmito důkazy, ačkoliv byly provedeny, se odvolací soud nevypořádal. Obviněná v tomto bodě měla být obžaloby zproštěna.

Krajský soud se zcela nedostatečně vypořádal také s námitkou, že poskytování právních služeb, zejména v podobě sepisování smluv, je nedílnou součástí řady živností, případně jiných oprávnění, která živnostenské oprávnění nahrazují. Vedle již uvedené realitní činnosti, k níž měla obviněná, resp. její společnost oprávnění, a která spočívá jak v sepisování kupních smluv o převodu nemovitostí, smluv o úschově peněz, návrhů na vklad do katastru nemovitostí, nájemních a podnájemních smluv, smluv o správě nemovitostí a dalších právních úkonů spojených s převodem nebo nájmem a správou nemovitostí, je to např. činnost obchodníka s cennými papíry (k tomu odkázala na zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu). V této souvislosti obviněná dále poukázala na pojišťovací zprostředkovatele a samotné likvidátory pojistných událostí (§ 8 odst. 2 zák. č. 38/2004 Sb.), dále uvedla, že jsou to daňoví poradci (§ 1 odst. 1 písm. a/ zák. č. 523/1992 Sb.), kteří poskytují právní pomoc, atd. Soudy nižších stupňů se opírají o definici právních služeb podle zákona o advokacii (zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „zákon o advokacii“), tento zákon však nestanoví, že by právní služby, související s výkonem jiné činnosti advokáta, pokud jsou součástí takové činnosti (viz realitní činnost, činnost daňových poradců, činnost např. obecných zmocněnců podle o. s. ř.) nemohl vykonávat někdo jiný. Ustanovení § 2 odst. 2 zák. o advokacii stanoví výjimku u notářů, soudních exekutorů a daňových poradců, popř. dalších osob, jimž zvláštní zákon svěřuje oprávnění poskytovat právní služby. Z toho vyplývá, že zákonodárce důsledně rozlišuje pojmy výkon advokacie a poskytování právních služeb, čehož si je vědoma i sama advokacie (srov. např. Václav Mandák, K pojmu advokacie, Bulletin advokacie č. 1/2005, str. 52). Proto měl odvolací soud daleko pečlivěji zkoumat, zda nařízení vlády č. 278/2008, kterým se stanoví obsahová náplň jednotlivých živností a kterou se provádí živnostenský zákon, resp. zda živnostenský zákon sám není oním právním předpisem, který osobám, majícím živnostenské oprávnění, dává postavení osob, jimž zvláštní zákon svěřuje oprávnění poskytovat právní služby. Odvolací soud se nevyrovnal ani s námitkou, že smlouvy o úschově patří k realitní činnosti. To, že je obviněná nazvala „smlouvy o advokátní úschově“ jejich podstatu jako obvyklého smluvního typu upraveného v § 747 občanského zákoníku nijak nemění. Označení „advokátní“ úschova je v daném případě epiteton *ornans*. Odvolací soud také nesprávně uvádí, že obviněná účtovala přesně podle advokátního tarifu, avšak pro takový závěr nebyl proveden jediný důkaz, navíc z popisu skutku je zřejmé, že poskytovala služby výrazně levněji.

Je tedy zřejmé, že rozsah činností, jimiž překročila živnostenské oprávnění, je podstatně nižší, než určil odvolací soud. Veškeré kupní smlouvy o nemovitostech a úschově je nutné z útoků, tvořících neoprávněné podnikání, vyřadit. Potom zbudou ojedinělé útoky, které nejsou soustavným překračováním živnostenských oprávnění společnosti. Také výnos z těchto útoků vzhledem k délce doby, kdy takovou činnost prováděla, vede k závěru, že ji nelze označit za činnost srovnatelnou s

výkonem zaměstnání, provozovanou s cílem získat trvalý zdroj finančních příjmů, tedy soustavnou činnost provozovanou živnostenským způsobem. Pro stanovení výše výnosu je třeba přihlédnout k nákladům, které obviněná vynaložila.

V závěru dovolání proto obviněná M. A. navrhla, aby Nejvyšší soud České republiky (dále jen „Nejvyšší soud“) podle § 265k odst. 1 tr. ř. napadený rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. 7 To 179/2010, a rozsudek Okresního soudu ve Frýdku – Místku ze dne 1. 4. 2010, sp. zn. 4 T 42/2009, zrušil, a dále postupoval podle § 265l tr. ř.

Nejvyšší soud jako soud dovolací dospěl k následujícím závěrům:

Právně relevantní námitky obviněné M. A. spočívaly v tom, že jednotlivé útoky, které jí byly odvolacím soudem kladeny za vinu, nebyly náležitě posouzeny, neboť odvolací soud měl pečlivěji zkoumat, zda nařízení vlády č. 278/2008, kterým se stanoví obsahová náplň jednotlivých živností a kterou se provádí živnostenský zákon, resp. zda živnostenský zákon sám není právním předpisem, který osobám, majícím živnostenské oprávnění, dává postavení osob, jimž zvláštní zákon svěřuje oprávnění poskytovat právní služby. Podle jejího názoru podnikatel, k jehož předmětu podnikání patří sepisování právních dokumentů, je oprávněn takové smlouvy sepisovat sám, má-li k tomu potřebné znalosti, nebo tak může činit prostřednictvím svého zaměstnance, který takové znalosti má. Taková činnost pak je součástí příslušného živnostenského oprávnění a nelze ji považovat za samostatné a neoprávněné poskytování právních služeb. Soudy nižších stupňů se opírají o definici právních služeb podle zákona o advokacii, tento zákon však nestanoví, že by právní služby, související s výkonem jiné činnosti advokáta, pokud jsou součástí takové činnosti (viz realitní činnost, činnost daňových poradců, činnost např. obecných zmocněnců podle o. s. ř.), nemohl vykonávat někdo jiný. Ustanovení § 2 odst. 2 zákona o advokacii stanoví výjimku notářů, soudních exekutorů a daňových poradců, popř. dalších osob, jimž zvláštní zákon svěřuje oprávnění poskytovat právní služby. Z toho vyplývá, že zákonodárce důsledně rozlišuje pojmy výkon advokacie a poskytování právních služeb, čehož si je vědoma i sama advokacie. Navíc rozsah činností, jimiž obviněná překročila živnostenské oprávnění, je podstatně nižší, než určil odvolací soud, neboť veškeré kupní smlouvy o nemovitostech a úschově je nutné z útoků, tvořících neoprávněné podnikání, vyřadit. Potom zbudou ojedinělé útoky, které nejsou soustavným překračováním živnostenských oprávnění společnosti. Také výnos z těchto útoků vzhledem k délce doby, po kterou takovou činnost prováděla, vede k závěru, že ji nelze označit za činnost srovnatelnou s výkonem zaměstnání, provozovanou s cílem získat trvalý zdroj finančních příjmů, tedy za soustavnou činnost provozovanou živnostenským způsobem. Jinými slovy řečeno, podle dovolatelky skutková zjištění soudů nižších stupňů jsou v extrémním nesouladu s právními závěry učiněnými v napadeném rozhodnutí.

Trestného činu neoprávněného podnikání podle ustanovení § 118 odst. 1 tr. zák. se dopustí ten, kdo neoprávněně ve větším rozsahu poskytuje služby nebo provozuje výrobní nebo jiné výdělečné podnikání. Podnikáním se rozumí soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku. Podnikání na základě živnostenského oprávnění upravuje živnostenský zákon (zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání /živnostenský zákon/). Živností je soustavná činnost provozovaná samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených živnostenským zákonem (§ 2 živnostenského zákona). Živnostenský zákon není jediným zákonem, který upravuje oblast podnikání, a proto je třeba vždy zkoumat, zda konkrétní podnikatelská činnost, která měla být provozována ve větším rozsahu neoprávněně, není upravena některým jiným právním předpisem. Tak mimo činnosti advokátů, která je upravena zákonem č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, a na niž oba soudy ve svých rozsudcích odkazují, může jít např. o činnost notářskou (srov. zákon č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti /notářský řád/, ve znění pozdějších předpisů), auditorů (srov. zákon č. 93/2009 Sb., o auditorech a změně některých zákonů /zákon o auditorech/, ve znění pozdějších předpisů), daňových poradců (srov. zákon č. 523/1992 Sb.,

o daňovém poradenství a Komoře daňových poradců, ve znění pozdějších předpisů) apod. Neoprávněného podnikání se dopouští každý, kdo poskytuje služby nebo provozuje výrobní nebo jiné výdělečné podnikání v rozporu se živnostenským zákonem nebo v rozporu s jinými právními předpisy, které stanoví podmínky pro jeho provozování (např. výkon advokacie v rozporu se zákonem o advokacii, výkon auditorské činnosti v rozporu s předpisy, které tuto činnost upravují, apod). K naplnění trestní odpovědnosti je však ještě třeba, aby neoprávněné podnikání bylo prováděno ve větším rozsahu. Neoprávněným je pak podnikání nejen tehdy, jestliže někdo podniká např. bez živnostenského oprávnění, které se prokazuje buď živnostenským listem nebo koncesní listinou, anebo aniž by splnil podmínky pro výkon advokacie, což se prokazuje osvědčením České advokátní komory v Praze o zapsání v seznamu advokátů ČAK apod., ale i tehdy, když podnikatel překračuje rozsah např. živnostenského oprávnění (rozsah živnostenského oprávnění se podle § 28 odst. 1 živnostenského zákona posuzuje podle obsahu živnostenského listu nebo koncesní listiny; v pochybnostech rozhodne na žádost podnikatele živnostenský úřad). Jestliže takové jednání podnikatele, kterým překračuje rozsah svého živnostenského oprávnění, dosahuje povahy a závažnosti (společenské nebezpečnosti, společenské škodlivosti) odpovídající přibližně podnikání bez oprávnění, pak jde též o neoprávněné podnikání ve smyslu tohoto ustanovení. To, co bylo uvedeno o vymezení rozsahu živnostenského oprávnění, platí obdobně i o zápisu do obchodních rejstříků, kde se mimo jiné zapisuje i předmět podnikání (činnosti) (§ 28 odst. 1 písm. c/ zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Přiměřeně to pak platí i o podnikání upraveném zvláštními předpisy, které také zpravidla vymezují rozsah či předmět podnikání (činnosti). Neoprávněné podnikání musí být k tomu, aby mohlo být posouzeno jako trestný čin, prováděno ve větším rozsahu. Výkladové pravidlo uvedené v ustanovení § 89 odst. 11 tr. zák., pro stanovení výše škody, zde nelze pro stanovení „většího rozsahu“ použít. Při posuzování, zda pachatel neoprávněně podnikal ve větším rozsahu, se především zvažuje, zda šlo o činnost srovnatelnou s výkonem zaměstnání, provozovanou s cílem získat trvalý zdroj finančních příjmů. Proto musí jít o soustavnou činnost provozovanou takřka po „živnostensku“. Podnikání, a to i neoprávněné, je sice zásadně prováděno za účelem dosažení zisku, avšak to na druhé straně neznamená, že by při splnění ostatních znaků tohoto trestného činu nebylo možno postihnout neoprávněné podnikání, které je ztrátové. Rozhodující zde je účel činnosti, tedy snaha po získání příjmů, nikoli faktický stav v podobě ztráty způsobené např. neschopností podnikatele, odbytovou krizí atd. Tuto okolnost je možno vyjádřit v rámci hodnocení stupně nebezpečnosti činu pro společnost (společenské škodlivosti). Po subjektivní stránce musí být ve vztahu k neoprávněnému podnikání prokázán úmysl, který musí zahrnovat i naplnění znaku neoprávněně, neboť tento znak je v popisu skutkové podstaty výslovně vyjádřen.

Z rozsudku nalézacího soudu ze dne 1. 4. 2010, sp. zn. 4 T 42/2009, vyplynulo, že služby, které společnost, které je obviněná jednatelkou, poskytovala svým klientům minimálně v oněch 17 vyjmenovaných případech ve výroku rozsudku, mají podle názoru okresního soudu jednoznačně charakter služeb právních, jak má na mysli ustanovení § 1 odst. 2 zákona o advokacii. Jde totiž o zastupování v řízení před soudy a jinými orgány, udělování právních porad, sepisování listin, zpracovávání poradních rozborů a další formy právní pomoci, pokud jsou poskytovány současně za úplatu. Soud má také za to, že poskytování těchto služeb za úplatu bylo nepochybně prokázáno desítkami faktur vystavených různým klientům. Soud také dovodil s ohledem na množství založených faktur a výši účtovaných částek, že obviněná poskytovala právní služby za účelem získání trvalého zdroje finančních příjmů. Obviněná v několika případech figurovala dokonce jako advokát – schovatel ve smlouvách o advokátní úschově, z toho je zřejmé, že jako advokátka skutečně vystupovala. Nalézací soud poté uzavřel, že poskytování právních služeb nikdy nemůže být považováno za součást realitní, zprostředkovatelské či konzultační činnosti, a to protože zákonodárce poskytování právních služeb jednoznačně definoval. O tom, že jednání obviněné bylo úmyslné, neměl nalézací soud pochyb s ohledem na dosažené právnické vzdělání obviněné. Společenská nebezpečnost činu obviněné je dána tím, že poskytovala služby, jejichž výkon je omezen v zájmu ochrany občanů před škodami,

které by jim mohly vzniknout poskytováním takovýchto služeb osobami bez patřičného odborného vzdělání.

Odvolací soud v odůvodnění napadeného rozsudku ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. 7 To 179/2010, uvedl, že obviněná jako absolventka Akademické právnické univerzity v Moskvě byla na základě osvědčení Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy považována za absolventku právního studia magisterského v programu právní specializace zaměření na právo Ruské federace a ve studijním oboru jurisprudence, rovnocenné s vysokoškolským vzděláním získaným v České republice absolvováním studia v uvedeném studijním programu na veřejné vysoké škole. Rozsah aktivit obviněné je dovozován z listinných důkazů, zajištěných při prohlídce jiných prostor, z nichž se podává, že kromě účetní a realitní činnosti zajišťovala také zakládání obchodních firem, přípravu či účast valných hromad, sepis žalob a platebních rozkazů, právní konzultace za aktivity v řízení dědickém, konkurzním, pracovněprávním jako je otázka výpovědi z pracovního poměru nebo náhrada škody za pracovní úraz, v řízení reklamačním, ve věcech rozvodových včetně vypořádání společného jmění manželů, zastupování v trestním řízení a realizaci advokátní úschovy. Činnost obviněné byla nepochybně srovnatelná se zaměstnáním. Obviněná, vědoma si, v jakém rozsahu jí vydaných živnostenských oprávnění byla legálně oprávněna podnikat, rámec těchto povolených činností vědomě překračovala, a to po dobu několika let. Obviněná nejen že v případech jí kladených za vinu nerealizovala realitní činnost, ale realitní společnosti P., s. r. o., (ve výroku pod bodem č. 12 odvolací soud uvádí P. S., s. r. o.) za měsíční paušálně vyplácenou částku 17 850,- Kč poskytovala právní služby, sestávající ze sepisu návrhů kupních smluv, předkupních smluv, dohod o převodu členských práv a povinností, návrhů na vklad do katastru a převzetí kupní ceny do úschovy. K odvolacím námitkám obviněné k sepsání smluv o úschově, které jsou podle obviněné běžnou součástí aktivit souvisejících s realitní činností, bylo podle odvolacího soudu zapotřebí uvést, že smlouvy o úschově, stejně jako všechny další písemnosti, které si obviněná systematicky ve své kanceláři zakládala, byly ve všech případech nadepsány jako „advokátní spisy“. Ve smlouvách o úschově bylo v nadpise každé z nich uváděno, že jsou peníze přijímány do advokátní úschovy, spisy vedené k jednotlivým klientům obsahovaly vyplněné formuláře vyúčtování odměny a nákladů advokáta, včetně pečlivého vedení záznamů o jednotlivých úkonech právní pomoci s uvedením finančního účtování, často i s dodatkem, že platby byly zaplaceny. Tvrzení obviněné, že označení „advokátní úschova“ je pouhé nedopatření, krajský soud neuvěřil. Četnost dohledatelných a doložitelných případů svědčí naopak o tom, že se o žádné nedopatření ze strany obviněné nejednalo, nýbrž že tuto činnost vykonávala zcela záměrně způsobem a v rozsahu odpovídajícím svěření věci do advokátní úschovy, ač k tomu nebyla oprávněna, neboť, jak sama nejlépe věděla, advokátkou nikdy nebyla. Z obsahu spisového materiálu rovněž vyplývá, že v případech, kdy byly v přítomnosti obviněné jednotlivými klienty uzavírány smlouvy, obviněná mnohdy dokonce legalizovala podpisy osob, jež byly smluvními stranami. K bodu 5) rozsudku odvolací soud poznamenal, že je irelevantní, že R. A. je bratrem obviněné, neboť listinnými důkazy bylo prokázáno, že obviněná jmenovanému vystavila fakturu, ve které vyúčtovala převzetí a přípravu obhajoby včetně prvé porady, úkony právní služby, náhrady a režijní paušály, to vše v naprostém souladu s advokátním tarifem. Odvolací soud shrnul, že neoprávněnost činnosti realizované obviněnou je okresním soudem správně vyvozena předně ze skutečnosti, že obviněná jakožto absolventka Akademické právnické univerzity v Moskvě je v České republice považována za absolventku právního studia magisterského v programu právní specializace zaměřené na právo Ruské federace a jurisprudence. Obviněná v rozporu se zákonem o advokacii fakticky vykonávala advokátní praxi, kdy se jednalo o činnost srovnatelnou s výkonem zaměstnání a provozovanou s cílem získat trvalý zdroj příjmů. Obviněná se vytýkaného jednání dopouštěla po dobu 10 měsíců. Právní služby přitom poskytovala soustavně, jak je patrné z posloupnosti dílčích útoků. Jednání obviněné vykazovalo znaky poskytování právních služeb ve smyslu ustanovení § 1 odst. 1, 2 zák. č. 85/1996 Sb., o advokacii, neboť poskytovala právní pomoc takovým způsobem a v takovém rozsahu, který lze považovat za činnost realizovanou živnostensky, a to za úplatu, a výši úplaty důsledně odvozovala od platného znění advokátního tarifu.

Obviněná ve svém mimořádném opravném prostředku krajskému soudu vytýkala, že se zcela nedostatečně vypořádal s námitkou, že poskytování právních služeb, zejména v podobě sepisování smluv, je nedílnou součástí řady živností, případně jiných oprávnění, která živnostenské oprávnění nahrazují. K tomu dále obviněná rozvedla, že soudy nižších stupňů se opírají o definici právních služeb podle zákona o advokacii, tento zákon však nestanoví, že by právní služby, související s výkonem jiné činnosti advokáta, pokud jsou součástí takové činnosti (viz např. realitní činnost) nemohl vykonávat někdo jiný. Ustanovení § 2 odst. 2 zákona o advokacii stanoví výjimku u notářů, soudních exekutorů a daňových poradců, popř. dalších osob, jimž zvláštní zákon svěřuje poskytovat právní služby. Z toho vyplývá, že zákonodárce důsledně rozlišuje pojmy výkon advokacie a poskytování právních služeb. Obviněná současně odkázala na příspěvek Václava Mandáka v Bulletinu advokacie č. 1/2005, str. 52, „K pojmu advokacie“.

Jak vyplývá z toho, co bylo uvedeno, oba soudy se ve svých rozsudcích z hlediska posouzení činnosti obviněné M. A. opírají o vymezení právních služeb v zákoně o advokacii, přičemž dovozují, že tyto služby jsou oprávněny poskytovat pouze osoby uvedené v § 2 odst. 1, odst. 2 zákona o advokacii. Zákon o advokacii ve smyslu § 1 odst. 1 upravuje podmínky, za nichž mohou být poskytovány právní služby, jakož i poskytování právních služeb advokáty (dále jen „výkon advokacie“). Poskytováním právních služeb se pak podle § 1 odst. 2 zákona o advokacii rozumí zastupování v řízení před soudy a jinými orgány, obhajoba v trestních věcech, udělování právních porad, sepisování listin, zpracovávání právních rozborů a další formy právní pomoci, jsou-li vykonávány soustavně a za úplatu. Poskytováním právních služeb se rozumí rovněž činnost opatrovníka pro řízení ustanoveného podle zvláštního právního předpisu, je-li vykonávána advokátem. V § 2 odst. 1 zákona o advokacii pak právní služby na území České republiky jsou oprávněni poskytovat za podmínek stanovených tímto zákonem a způsobem v něm uvedeným

a) advokáti,

b) fyzické osoby, které

1. jsou státními příslušníky členského státu Evropské unie, smluvního státu Dohody o Evropském hospodářském prostoru nebo Švýcarské konfederace (dále jen „domovský stát“), anebo jsou státními příslušníky jiného státu a jsou v některém z domovských států trvale usazeni, a

2. v domovském státě získaly oprávnění poskytovat právní služby pod profesním označením svého domovského státu, které bylo oznámeno ve sdělení Ministerstva spravedlnosti, vyhlášeném ve Sbírce zákonů (dále jen „evropský advokát“).

Tímto ustanovením není dotčeno oprávnění

a) notářů, soudních exekutorů, patentových zástupců a daňových poradců, popřípadě dalších osob, jimž zvláštní zákon svěřuje poskytovat právní služby,

b) zaměstnance právnické nebo fyzické osoby, člena družstva nebo příslušníka ozbrojených sborů poskytovat právní služby osobě, k níž je v pracovněprávním nebo pracovním vztahu anebo ve služebním poměru, pokud je poskytování právních služeb součástí jeho povinností vyplývajících z tohoto pracovněprávního nebo pracovního vztahu anebo služebního poměru (§ 2 odst. 2 zákona o advokacii).

Z toho se podává, že zákon rozlišuje výkon advokacie, kterou jsou oprávněni vykonávat pouze advokáti a evropští advokáti, a poskytování právních služeb, které mohou poskytovat vedle nich i další osoby, které k nim mají oprávnění podle zvláštního zákona (např. notáři, soudní exekutoři,

patentoví zástupci a daňoví poradci atd.), nebo jej vykonávají jako zaměstnanci právnické nebo fyzické osoby, členové družstva nebo příslušníci ozbrojených sborů ve vztahu k osobě, k níž jsou v pracovněprávním nebo pracovním vztahu anebo ve služebním poměru. Zvláštní zákony používají z hlediska právních služeb i jiné pojmy jako právní pomoc, právní porady, sepisování listin, činnosti spojené s vyúčtováním služeb apod. (viz např. § 1 zákona o daňovém poradenství a KDP ČR, § 3 notářského řádu, § 12d odst. 4 písm. a/ zákona o podnikání na kapitálovém trhu atd.). Z toho vyplývá, že nelze poskytování právních služeb ztotožňovat s výkonem advokacie. Na podporu tohoto názoru je možno poukázat i na judikaturu k pojmu „výkonu advokacie“, konkrétně na rozsudek Nejvyššího správního soudu České republiky ze dne 31. 5. 2004, sp. zn. 5 As 34/2003 (publikovaný v Bulletinu advokacie č. 1/2005, str. 52 až 54), z kterého vyplývá, že je třeba důsledně rozlišovat pojmy výkon advokacie a poskytování právních služeb, přičemž výkon advokacie lze definovat jako činnost, nezávislé povolání, vykonávané advokátem, tj. osobou právnicky vzdělanou, zvláště kvalifikovanou, která je zapsána v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou, zatímco výkon právních služeb je podstatně širší a nezahrnuje jen výkon advokacie. Jestliže tedy oba soudy dostatečně nerozlišily tyto pojmy, když ve výroku uváděly, že obviněná M. A. „poskytovala právní služby, spočívající zejména v zakládání společností s ručením omezeným, vyhotovování smluv o převodu obchodních podílů, sepisování kupních smluv, dohod o převodu členských práv a povinností, smluv o advokátní úschově, dále v poskytování právních porad, v přijímání peněz do advokátní úschovy, za což byla účtována odměna, a takto jednala přesto, že se jedná o úkony, které jsou podle zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, oprávněny poskytovat pouze osoby, uvedené v § 2 odst. 1, 2 tohoto zákona“, tedy advokáti, když „obviněná touto osobou nebyla“, ztotožnily poskytování uvedených právních služeb pouze s výkonem advokacie, přičemž přinejmenším některé z nich, např. sepisování kupních, darovacích a obdobných smluv, dohod o převodu členských práv a povinností, poskytování právních porad, apod. není vyhrazeno pouze advokátům, byť jsou vykonávány za úplatu. Navíc právní předpisy pracují i s jinými pojmy, které se vztahují k výkonu určitých konkrétních činností právní povahy, popř. které mají právní význam (např. právní pomoc, právní poradenství, konzultační a poradenskou činnost, sepisování listin apod.), a proto je třeba se z těchto hledisek podrobně zabývat činností obviněné, zda v jejím případě šlo o neoprávněný výkon advokacie, čemuž by mohlo na druhé straně nasvědčovat soudy zjištěné a prokázané vedení „advokátních spisů“, sepisování listin o „advokátní úschově“ apod. ze strany obviněné M. A. Z hlediska naplnění znaku „neoprávněně ve větším rozsahu poskytuje služby“ ve smyslu § 118 odst. 1 tr. zák. však není rozhodné formální označení vedených spisů nebo konkrétní smlouvy, ale zda skutečně šlo v posuzovaném případě o neoprávněný výkon advokacie, což bylo vyjádřeno ve výroku napadeného rozsudku odkazem na úkony, které jsou podle zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, oprávněny poskytovat pouze osoby uvedené v § 2 odst. 1, 2 tohoto zákona. V tomto směru je podstatné vymezení konkrétních činností ve výroku napadeného rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. 7 To 179/2010, ve kterém se uvádí, že obviněná M. A. v období ode dne 16. 1. 2008 do 9. 10. 2008 jako jediná společnice a jednatelka společnosti JFT c., s. r. o., poskytovala právní služby, spočívající zejména v zakládání společnosti s ručením omezeným, vyhotovení smluv o převodu obchodních podílů, sepisování kupních smluv, dohod o převodu členských práv a povinností, smluv o advokátní úschově, dále v poskytování právních porad, v přijímání peněz do advokátní úschovy, a to ve 13 případech konkrétně vymezených ve výroku o vině, za což byla účtována odměna.

Odvolací soud sice v odůvodnění tohoto svého rozsudku k námitkám vzneseným v odvolání obviněné M. A. uvedl: „Rozsah aktivit, které obžalovaná v rámci poskytování všech služeb (včetně trestně nepostižitelných) v rámci realizací činnosti firmy JFT c., s. r. o., poskytovala, jsou patrné z listinných důkazů, zajištěných při prohlídce jiných prostor. Při ní byly opatřeny desítky jednotlivých „složek“ vedených k jednotlivým klientům v období od roku 2001 do roku 2008, z nichž vyplývá rozsah obžalovanou poskytované činnosti“. Odvolací soud k tomu ještě dodal: „Je zapotřebí zdůraznit, že zahrnuje nejen účetní a realitní činnost, k níž nepochybně obviněná byla oprávněna, ale rovněž

zakládání obchodních firem, přípravu či účast valných hromad, sepis žalob a platebních rozkazů, právní konzultace za aktivity v řízení dědickém, konkurzním, pracovněprávním, jako je otázka výpovědí z pracovního poměru nebo náhrada škody za pracovní úraz, v řízení reklamačním, ve věcech rozvodových včetně vypořádání společného jmění manželů, zastupování v trestním řízení a realizaci advokátní úschovy. O realizaci těchto aktivit obviněnou bylo shromážděno dostatek listinných materiálů, z nichž lze s jistotou konstatovat, že obviněná takovéto služby poskytovala, a nelze na ně nahlížet jen jednotlivě, případ od případu, vytrhávaje je z kontextu, nýbrž v jejich souhrnu“. Aniž by Nejvyšší soud chtěl „vytrhávat jednotlivé případy z celkového kontextu“, považuje za nutné uvést, že odvolací soud zde na podporu svého výroku o vině uvádí aktivity obviněné, které zřejmě vyplývají z obsahu spisu, ale které do výroku o vině v rozsudku samotného odvolacího soudu, a to ať už v obecné části v návětě výroku, tak ani v jednotlivých bodech 1. až 13., nebyly zahrnuty, čímž došlo v návaznosti na podobné vymezení provedené již Okresním soudem ve Frýdku-Místku k výraznému zúžení aktivit, ve kterých oba soudy spatřovaly neoprávněný výkon advokacie, jenž by jinak, pokud by k němu došlo ve větším rozsahu, naplňoval i podle názoru Nejvyššího soudu znaky trestného činu neoprávněného podnikání podle § 118 odst. 1 tr. zák. V tomto směru je možno poukázat na odvolacím soudem tvrzené služby, konkrétně přípravu či účast valných hromad, sepis žalob a platebních rozkazů, právní konzultace za aktivity v řízení dědickém, konkurzním, pracovněprávním jako je otázka výpovědí z pracovního poměru nebo náhrada škody za pracovní úraz, v řízení reklamačním a zastupování v trestním řízení, o kterých ve výroku o vině v rozsudku ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. 7 To 179/2010, není ani zmínka. Navíc odvolací soud argumentuje na podporu výroku, který je vymezen obdobím od 16. 1. 2008 do 9. 10. 2008, v odůvodnění rozsudku obdobím od roku 2001 do roku 2008, ač za období předcházející 16. 1. 2008 nebyla obviněná M. A. již soudem prvního stupně uznána vinnou v rozsudku ze dne 1. 4. 2010, sp. zn. 4 T 42/2009, s odůvodněním, že nebylo možno k celému období od roku 2001 dovodit soustavnost závadných činností obviněné, a odvolací soud rozhodoval jen o odvolání obviněné, neboť státní zástupce, který v obžalobě žaloval celé období od roku 2001 do 15. 11. 2008, odvolání nepodal. Tím došlo k tomu, že z hlediska naplnění znaků trestného činu neoprávněného podnikání podle § 118 odst. 1 tr. zák. mohl odvolací soud přihlížet jen k rozsahu činnosti, za kterou byla obviněná ve výroku uznána vinnou. Pokud odvolací soud v odůvodnění svého rozsudku přihlížel i k dalším aktivitám, za které obviněná nebyla uznána vinnou a které nebylo možno podřadit nejen pod jednotlivé body, ale ani pod obecné vymezení v návětě napadeného rozsudku, dostalo se odůvodnění rozsudku do rozporu s jeho výrokem o vině, neboť odvolací soud zcela zjevně z hlediska rozsahu trestné činnosti obviněné v odůvodnění svého rozsudku přihlížel i k takovým aktivitám, za něž nebyla uznána již v rozsudku soudu prvního stupně vinnou, přičemž navíc i sám odvolací soud rozsah trestné činnosti obviněné ve výroku o vině ještě více omezil (viz zejména zprošťující část výroku rozsudku odvolacího soudu). V tomto postupu je třeba spatřovat zásadní vadu napadeného rozsudku odvolacího soudu.

Odvolací soud na straně 9 rozsudku uvedl, že obviněná jako jediný společník a jednatel firmy JFT c., s. r. o., byla oprávněna podnikat v předmětu podnikání zprostředkovatelská činnost, vedení účetnictví, činnost organizačních a ekonomických poradců, specializovaný maloobchod, maloobchod motorovými vozidly a jejich příslušenství, opravy silničních vozidel, údržba motorových vozidel a jejích příslušenstvim, pronájem a půjčování věcí movitých, koupě zboží za účelem jeho dalšího prodeje a prodej, výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona, činnost organizačních a ekonomických poradců, správa a údržba nemovitostí, kopírovací práce, maloobchod použitým zbožím. K tomu považuje Nejvyšší soud za nutné uvést, že odvolací soud opomněl v této souvislosti poznamenat, že podle živnostenského oprávnění č. 9 byla také oprávněna k předmětu podnikání realitní činnost, byť to pak dále uvádí s tím, že k této činnosti byla obviněná nepochybně oprávněna. Realitní činnost, a na to odkazovala obviněná i ve svém mimořádném opravném prostředku, byla do 14. 8. 2008 vymezena v bodě č. 91 přílohy č. 4 nařízení vlády č. 469/2000 Sb. (v dovolání je zřejmě mylně uvedeno č. 469/2008 Sb.), nazvané „Obsahové náplně volných živností“ jako „Nákup nemovitostí za účelem jejich dalšího prodeje, prodej nemovitostí,

zprostředkování nákupu, prodeje a pronájmu nemovitostí, bytů a nebytových prostor. Pronájem nemovitostí, bytů a nebytových prostor, pokud jsou pronajímatelem poskytovány jiné než základní služby zajišťující řádný provoz těchto prostor. Obsahem živnosti není správa a údržba nemovitostí pro třetí osoby (pokud tato není vázána na vlastnictví nemovitosti), krátkodobé ubytování osob v bytech, rekreačních objektech a podobně, zařízeních, majících charakter ubytovací služby (převážně jako služby cestovního ruchu, agroturistika a podobně).“ Správa a údržba nemovitostí je pak vymezena v bodě č. 92 téže přílohy. Nařízení vlády č. 278/2008 Sb. v příloze č. 4, nazvané „Obsahová náplň živnosti volné podle jednotlivých oborů činností“ v bodě č. 58 vymezovalo k datu páchání trestné činnosti realitní činnost, správu a údržbu nemovitostí takto: „Nákup nemovitostí za účelem jejich dalšího prodeje, prodej nemovitostí, zprostředkování nákupu, prodeje a pronájmu nemovitostí, bytů a nebytových prostor. Správa a základní údržba nemovitostí pro třetí osoby, zejména administrativní zajištění řádného provozu nemovitostí, domovnická činnost, úklid bytů i nebytových prostor, čištění interiérů a exteriérů budov, čištění oken, úklid chodníků a podobně. Obsahem činnosti není krátkodobé ubytování osob v ubytovacích zařízeních, v rodinných domech, bytových domech a stavbách pro rodinnou rekreaci. Obsahem činnosti dále není čištění exteriérů budov vodní párou, pískem a podobně, opravy a údržba nemovitostí vyžadující řemeslnou zručnost nebo zvláštní odbornou kvalifikaci (například opravy výtahů, zednické, obkladačské, pokrývačské, instalatérské, elektroinstalatérské práce, chemické čištění koberců a textilií)“. K odvolacím námitkám obviněné, že ve vztahu k převážné části jednání toto spadalo pod aktivity související s realitní činností, odvolací soud zdůraznil, že „… ve skutečnosti tomu bylo zcela naopak, než tvrdí obviněná. Nejen, že v případech jí kladených za vinu nerealizovala realitní činnost, ale realitní společnosti P., s. r. o. (ve výroku o vině uvádí „P. S., s. r. o.“ – viz bod 12.) za měsíční paušálně vyplacenou částku 17 850,- Kč poskytovala právní služby, sestávající ze sepisu návrhů kupních smluv, předkupních smluv, dohod o převodu členských práv a povinností, návrhů na vklad do katastru a převzetí kupní ceny do úschovy, a všechny takto realizované úkony jakožto právní služby fakturovala u jmenované realitní kanceláře. Toto tvrzení odvolacího osudu opět neodpovídá výroku napadeného rozsudku, kde pod realitní služby lze nepochybně zahrnout body č. 1., 3., 4., 7., 9. a 12., z nichž ovšem byl na základě spolupráce se společností P. S., s. r. o., realizován podle výroku o vině pouze bod č. 12. Podle názoru Nejvyššího soudu pod realitní činnost kromě bodu č. 12. výroku rozsudku odvolacího soudu spadají také minimálně aktivity obviněné M. A. rozepsané pod body 1., 3., 4., 7. a 9. výroku rozsudku odvolacího soudu, u nichž se odvolací soud s námitkami obviněné přinejmenším nevypořádal. Navíc, jestliže společnost JFT c., s. r. o., měla oprávnění k realitní činnosti, v rámci níž byla oprávněna i k sepisu kupních smluv, předkupních smluv, dohod o převodu členských práv a povinností, návrhů na vklad do katastru a převzetí kupní ceny do úschovy, byla nepochybně v rámci toho oprávněna spolupracovat i s jinou realitní společností, přičemž rozsah této spolupráce, pokud není překročen rozsah oprávnění, není možno popsaným způsobem omezovat. Nejvyšší soud považuje jednání obviněné v uvedených bodech za souladné s realitní činností, která ji opravňuje k takovým úkonům, jako je sepsání kupní smlouvy na prodej nemovitosti nebo dohody o převodu členských práv a povinností, zvláště za situace, jak popsal i sám odvolací soud, kdy obviněná byla na základě osvědčení Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy považována za absolventku právního studia magisterského v programu právní specializace zaměření na právo Ruské federace a ve studijním oboru jurisprudence, rovnocenné s vysokoškolským vzděláním získaným v České republice absolvováním studia v uvedeném studijním programu na veřejné vysoké škole (srov. str. 8 až 9 rozsudku odvolacího soudu). Výkon realitní činnosti předpokládá a je také běžnou praxí, že při něm dochází k poskytování uvedených právních služeb, jak tomu bylo i v případě obviněné M. A.

Obviněná M. A. také napadla rozhodnutí odvolacího soudu v tom směru, že se nevyrovnal ani s námitkou, že smlouvy o úschově patří k realitní činnosti. To, že je obviněná nazvala „smlouvy o advokátní úschově“, jejich podstatu jako obvyklého smluvního typu nijak nemění. Úschova je právní vztah, ve kterém je schovatel povinen převzít od složitele věc do úschovy a tuto řádně opatrovat. Právní vztah vzniká na základě smlouvy, jejímž obsahem je dohoda o věci převzaté do úschovy,

obvykle také o odměně, o náhradě nezbytných nákladů a době úschovy. Pro smlouvu není stanovena písemná forma, je však přípustné uzavření této smlouvy i tak, že odevzdání i převzetí věci bude zajištěno mechanickými prostředky. Občanskoprávní úprava úschovy je zařazena do § 747 až § 753 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (srov. Hendrych, D. a kol. Právnický slovník, 3., podstatně rozšířené vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1181 – 1182). Jde o smlouvu, na kterou se vztahují rovněž ustanovení § 52 a násl. občanského zákoníku. Ekonomickou funkcí úschovy je opatrování cizí věci *(custodia)*, proto i vůle účastníků smlouvy o úschově musí směřovat k zajištění opatrování věci a posléze k jejímu reálnému navrácení, a proto smlouvu o úschově je třeba odlišit od jiných smluvních typů. Zákon nepodmiňuje platnost této smlouvy její písemnou formou. Smlouva o úschově může být uzavřena i konkludentním jednáním (srov. § 35 občanského zákoníku). O předpokladech, které v osobě schovatele musí být splněny, zákon nic neustanovuje. Může být proto schovatelem jak osoba fyzická, tak i právnická. Jestliže ovšem schovatel poskytuje úschovu soustavně (opakovaně) a za odměnu (zákon v § 748 občanského zákoníku považuje tuto smlouvu zásadně za bezúplatnou), vyžaduje se, aby k tomuto podnikání měl příslušné živnostenské oprávnění, neboť odměnu za úschovu je povinen složitel zaplatit jen tehdy, dohodl-li se tak nebo odpovídá-li to předmětu podnikání schovatele nebo zvyklostem (§ 748, věta za středníkem, občanského zákoníku). Je tedy zřejmé, že úschovu je oprávněn provádět kdokoliv, zvláště pak, pokud k ní dochází v rámci realitní činnosti, ke které obviněná oprávnění měla, ovšem ani Nejvyšší soud nepopírá její pochybení, pokud smlouvy o úschově označovala jako „advokátní“. Pokud v té souvislosti státní zástupkyně Nejvyššího státního zastupitelství ve svém vyjádření zdůraznila souvislost sepsaných kupních smluv o převodu nemovitostí vzhledem k jejich specifikaci při nákupu a prodeji nemovitostí s následně uzavřenými smlouvami o advokátní úschově peněz za účelem vyplacení dohodnuté kupní ceny straně prodávající, považuje Nejvyšší soud za nutné zdůraznit, že aniž by popíral tuto souvislost a nesprávné označení těchto smluv za „advokátní“, byl základ případů pod body č. 1., 4., 7. a 12. v činnosti směřující k nákupu a prodeji nemovitosti, kterou je třeba považovat za podstatu realitní činnosti, a nikoli v „advokátní úschově peněz“, která byla již jen její součástí a směřovala v zásadě k uskutečnění uzavřených kupních smluv o převodu nemovitostí. Z těchto hledisek a s přihlédnutím k právní úpravě smlouvy o úschově je třeba zvážit, zda jen pouhé neoprávněné označení této smlouvy jako advokátní je třeba považovat za přestoupení vymezeného rozsahu podnikání při realitní činnosti.

Dále obviněná ve vztahu k bodu č. 5 výroku o vině v rozsudku odvolacího soudu namítala, že svého bratra R. A. nezastupovala, nýbrž ho v této věci zastupoval JUDr. T. Ch., přičemž vyúčtování provedla jako podklad pro vyčíslení nákladů právního zastoupení, kdy to, že vyúčtování má podobu faktury společnosti JFT c., s. r. o., bylo způsobeno tím, že takto vyúčtování provádí účetní program. Tato faktura nikdy nebyla zanesena do účetnictví společnosti JFT c., s. r. o., a nikdy jí nebyla proplacena. Odvolací soud se ani s těmito námitkami obviněné náležitě nevypořádal, neboť k těmto námitkám pouze uvedl, že je irelevantní, že R. A. je bratrem obviněné, poněvadž listinnými důkazy bylo prokázáno, že obviněná jmenovanému vystavila fakturu, ve které vyúčtovala převzetí a přípravu obhajoby včetně prvé porady, úkony právní služby, náhrady a režijní paušály, to vše v naprostém souladu s advokátním tarifem. Jinak v té souvislosti již jen poukázal pro názornost, že převzala i zastupování M. A., jakožto obviněného pro trestné činy podvodu a zpronevěry podle § 250 odst. 1, odst. 2 a § 248 odst. 1, 2 tr. zák. při podání vysvětlení (srov. str. 11 až 12 rozsudku odvolacího soudu), o čemž však sám odvolací soud na str. 11 nahoře konstatuje, že toto jednání (stejně jako další tam uvedené případy) okresní soud do skutkové věty výroku o vině nezahrnul, takže je obviněné nelze klást za vinu. Přitom se obsahově s námitkou obviněné, že svého bratra nezastupovala, nýbrž ho v této věci zastupoval JUDr. T. Ch., a vyúčtování provedla jako podklad pro vyčíslení nákladů právního zastoupení, odvolací soud nevypořádal a rozhodné skutečnosti k této námitce nezhodnotil.

Z těchto důvodů Nejvyšší soud shledal podané dovolání obviněné M. A. důvodným, a proto podle § 265k odst. 1, 2 tr. ř. zrušil rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. 7 To

179/2010, v jeho odsuzující části pod bodem I. (zprošťující část pod bodem II. zůstala beze změny), a v takto vymezeném rozsahu i rozsudek Okresního soudu ve Frýdku-Místku ze dne 1. 4. 2010, sp. zn. 4 T 42/2009, tedy s výjimkou jeho bodů č. 8., 11., 14. a 16., pro které byla obviněná M. A. rozsudkem Krajského soudu v Ostravě podle § 226 písm. b) tr. ř. zproštěna obžaloby. Podle § 265k odst. 2 tr. ř. zrušil také další rozhodnutí na zrušená rozhodnutí obsahově navazující, pokud vzhledem ke změně, k níž došlo zrušením, pozbyla podkladu. Podle § 265l odst. 1 tr. ř. Nejvyšší soud Okresnímu soudu ve Frýdku-Místku přikázal, aby věc obviněné M. A. v potřebném rozsahu znovu projednal a rozhodl. Toto rozhodnutí učinil v souladu s ustanovením § 265r odst. 1 písm. b) tr. ř. v neveřejném zasedání, neboť vzhledem k charakteru vytknutých vad je zřejmé, že je nelze odstranit ve veřejném zasedání.

V novém řízení se bude nalézací soud znovu zabývat pochybeními, na které již Nejvyšší soud v předchozích odstavcích upozornil, a které mají v podstatě svůj původ již v činnosti Okresního soudu ve Frýdku-Místku (srov. vymezení výroku o vině, které v zásadě, byť v omezeném rozsahu, převzal do svého rozsudku i odvolací soud). Minimálně u bodů 1., 3., 4., 7., 10. a 13. výroku nalézacího soudu (bodů 1., 3., 4., 7., 9. a 12. výroku odvolacího soudu) zváží, zda jednání v těchto bodech, kladených obviněné M. A. za vinu, bylo v rozporu s činnostmi, ke kterým měla obviněná oprávnění v rámci realitní činnosti. Následně v návaznosti na uvedené právní názory Nejvyššího soudu a s přihlédnutím k tomu, že institut úschovy, jak je vymezen v občanském zákoníku, umožňuje poskytovat tuto službu v rámci podnikání za podmínky příslušného oprávnění, vyřeší otázku, zda uzavírání smluv o „advokátní úschově“ samo o sobě naplňuje znak neoprávněného poskytování služeb ve smyslu § 118 odst. 1 tr. zák., a to i přesto, že zejména v bodech 1., 3., 4. a 10. rozsudku nalézacího soudu (v bodech 1., 3., 4. a 9. rozsudku odvolacího soudu) navazovalo na sepsání kupní smlouvy ohledně nemovitostí, resp. dohody o převodu členských práv a povinností v bytových družstvech, ke které byla ze shora uvedených důvodů oprávněna.

Pokud jde o bod č. 5. výroku o vině, v obou rozsudcích se bude nalézací soud znovu zabývat obhajobou obviněné spočívající v tom, že svého bratra R. A. nezastupovala, nýbrž ho v této věci zastupoval JUDr. T. Ch., přičemž vyúčtování provedla jako podklad pro vyčíslení nákladů právního zastoupení, a proto tato faktura nebyla zavedena do účetnictví společnosti JFT c., s. r. o., s čímž se oba soudy zatím náležitě nevypořádaly. Současně bude třeba přihlížet k tomu, že se jednalo o službu poskytnutou mezi sourozenci. Okolnost, že k této činnosti došlo v rámci sourozeneckého vztahu, je třeba posuzovat velmi citlivě z hlediska stupně nebezpečnosti pro společnost, neboť je velmi významná pro posouzení povahy a závažnosti tohoto dílčího útoku trestné činnosti kladené obviněné za vinu.

U zbylých bodů nalézací soud znovu zváží, zda je nelze podřadit pod výkon jiné z oprávněných činností, zejména zprostředkovatelskou činnost, vedení účetnictví nebo činnost organizačních a ekonomických poradců. Pokud dospěje k závěru, že v těchto případech šlo o činnost v rámci předmětu podnikání společnosti JFT c., s. r. o., provozovanou neoprávněně, je nutno posoudit naplnění znaku „většího rozsahu“ takového neoprávněného podnikání, tedy zda se jednalo z hlediska jednání obviněné M. A., kterého se dopustila jako jediná společnice a jednatelka společnosti JFT c., s. r. o., o soustavnou činnost srovnatelnou s výkonem zaměstnání a provozovanou s cílem získat trvalý zdroj finančních příjmů pro uvedenou společnost, jak to vyžaduje ustanovení § 118 odst. 1 tr. zák. Kritérii zde budou zejména délka neoprávněného poskytování služeb, rozsah takové činnosti, její povaha a objem, a to i včetně finančního vyjádření hrubého obratu, účtovaných odměn apod. V zásadě však nezáleží na tom, zda šlo o hlavní zdroj příjmů společnosti nebo zda taková činnost byla prováděna jen jako doplňková vedle jiné oprávněné činnosti (srov. přiměřeně č. 59/1999 Sb. rozh. tr.).

K tomu Nejvyšší soud považuje za potřebné uvést, že v návaznosti na to je třeba se zabývat uplatněním zásady subsidiarity trestní represe, která jako jedna ze základních zásad trestního práva vyžaduje, aby stát uplatňoval prostředky trestního práva zdrženlivě, to znamená především tam, kde

jiné právní prostředky selhávají nebo nejsou efektivní, neboť trestní právo a trestněprávní kvalifikaci určitého jednání jako trestného činu je třeba považovat za *ultima ratio*, tedy za krajní prostředek. Z uznávaného principu právního státu, jímž je chápání trestní represe jako prostředku *ultima ratio*, vyplývá, že ochrana právních statků má být v prvé řadě uplatňována prostředky práva občanského, obchodního či správního, a teprve tam, kde je taková ochrana neúčinná a kde porušení chráněných vztahů naplňuje znaky konkrétní skutkové podstaty trestného činu, je namístě uplatňovat trestní odpovědnost. V tomto směru je třeba, aby byla soudy respektována relevantní judikatura Ústavního soudu, kde je možno např. poukázat na nález Ústavního soudu pod sp. zn. I. ÚS 541/10, z něhož se podává, že „umožňuje-li trestní právo realizaci veřejného zájmu na stíhání trestné činnosti pomocí robustních a osobní integritu jednotlivce omezujících nástrojů, pak jejich použití musí respektovat ústavněprávní limity, v daném případě princip proporcionality (způsobilost, nezbytnost a adekvátnost užití trestněprávního prostředku ochrany). Ústavní soud k tomu např. v nálezu pod sp. zn. IV. ÚS 469/04 konstatoval: „Z ústavního hlediska žádný soud nemůže přehlížet zjevnou skutečnost, že nástroje, pomocí nichž se realizuje trestněprávní ochrana, omezují základní práva či svobody, a jen důsledné respektování principu *ultima ratio* (chápaného z ústavního hlediska) zaručuje, že takové omezení bude možno ještě považovat za proporcionální s účelem sledovaným trestním řízením (ve smyslu čl. 1 odst. 1 Ústavy a čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod).“ Obdobně již opakovaně judikoval i Nejvyšší soud (srov. např. rozhodnutí pod sp. zn. 7 Tz 230/2000, 5 Tdo 897/2005 nebo 5 Tdo 563/2008). V daném případě je tedy třeba, aby nalézací soud znovu zvážil a posoudil všechny zmíněné konkrétní okolnosti, jež jsou spoluurčující pro stanovení stupně nebezpečnosti činu pro společnost z hlediska § 3 odst. 1, 2 a 4 tr. zák. (srovnej např. rozhodnutí č. 29/1966 a č. 43/1996 Sb. rozh. tr.), ale i z hlediska uplatnění principu *„ultima ratio“* vyplývajícího z obecně platné zásady subsidiarity trestní represe.

Pouze pro úplnost je třeba uvést, že při novém projednání a rozhodnutí věci je Okresní soud ve Frýdku-Místku povinen se řídit ustanovením § 265s tr. řádu, podle kterého je orgán činný v trestním řízení, jemuž věc byla přikázána k novému projednání a rozhodnutí, vázán právním názorem, který vyslovil ve svém rozhodnutí Nejvyšší soud, a je povinen provést úkony a doplnění, jejichž provedení Nejvyšší soud nařídil. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí bylo zrušeno jen v důsledku dovolání podaného ve prospěch obviněné, nemůže v novém řízení dojít ke změně rozhodnutí v její neprospěch (zákaz *reformationis in peius*).