ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Ivo Pospíšila a Mgr. Sylvy Šiškeové v právní věci žalobce: **BAUER MEDIA v.o.s.**, se sídlem Moulíkova 3286/1b, Praha 5, zastoupen Mgr. Petrem Kůtou, advokátem se sídlem Hellichova 458/1, Praha 1, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 4. 2016, č. j. 17494/16/5000-10610-711889, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 26. 6. 2020, č. j. 3 Af 48/2016 – 119,

takto:

I. Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 26. 6. 2020, č. j. 3 Af 48/2016 – 119, **se zrušuje.**

II. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 22. 4. 2016, č. j. 17494/16/5000-10610-711889, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

III. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o žalobě ani kasační stížnosti.

IV. Žalovaný je **povinen** uhradit žalobci k rukám jeho zástupce Mgr. Petra Kůty, advokáta se sídlem Hellichova 458/1, Praha 1, na náhradě nákladů řízení částku ve výši 24.456 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Rozhodnutím ze dne 11. 2. 2016, č. j. 6351/16/4300-00805-050516 (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), uložil Specializovaný finanční úřad žalobci podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách (dále jen „zákon o loteriích“) pokutu ve výši 4.250.000 Kč za porušení § 4 odst. 1 téhož zákona, jehož se dopustil tím, že v časopisech *TV Plus, Týdeník televize, Žena a život, Čas na lásku, Napsáno životem, Pestrý svět, Claudia, Tina, Retro, Bravo, Chvilka pro tebe, TV revue, TV Max, Čas pro hvězdy a Rytmus života* od počátku roku 2014 do zahájení kontroly dne 11. 5. 2015 pořádal loterie a jiné podobné hry bez povolení příslušného orgánu.

[2] Žalobce podal proti prvostupňovému rozhodnutí odvolání, které žalovaný rozhodnutím ze dne 22. 4. 2016, č. j. 17494/16/5000-10610-711889 (dále jen „napadené rozhodnutí“), zamítl.

II. Rozsudek Městského soudu v Praze

[3] Žalobce se dále bránil žalobou podanou k Městskému soudu v Praze (dále jen „městský soud“), který ji v záhlaví citovaným rozsudkem zamítl.

[4] Městský soud nejprve poukázal na skutečnost, že s účinností od 1. 7. 2017 došlo k reformě správního práva trestního a dále dne 1. 1. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách, který nahradil zákon o loteriích. Proto se zabýval otázkou, zda v mezidobí nedošlo k zániku trestnosti žalobcova jednání, avšak dospěl k závěru, že nikoliv. V této souvislosti rovněž posuzoval, zda se na žalobcem provozované soutěže vztahuje česká právní úprava regulující loterie či výlučně právo Evropské unie. Soud rozsáhle citoval z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2016, č. j. 8 As 136/2015 - 51, a dospěl k závěru, že v posuzované věci je rozhodující, zda účast v soutěžích provozovaných žalobcem byla podmíněna zaplacením vkladu. Absence vkladu by znamenala, že soutěže spadají pod právní úpravu Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. 5. 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

[5] Městský soud odmítl tvrzení žalobce, že se žalovaný při posuzování otázky, zda soutěžní SMS byla či nebyla vkladem, odchýlil od ustálené rozhodovací praxe. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 - 132, dovodil, že žalobce existenci ustálené správní praxe nedoložil, neboť odkázal pouze na jedno rozhodnutí. Městský soud nepovažoval za rozhodné, že v žalobcem odkazovaném případě se jednalo o podobné soutěže jako v posuzované věci. Za podstatnou označil naopak skutečnost, že v právě projednávaném případě soutěže znaky loterie naplnily.

[6] Za nedůvodnou považoval městský soud i námitku, že soutěžní SMS nebyly zpoplatněny za účelem zisku. Poukázal na účel zákona o loteriích a dodal, že případný zisk či ztráta na straně žalobce je irelevantní pro určení, zda se jedná o „*vklad (sázku), jehož návratnost se účastníkovi nezaručuje*“ podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích.

[7] Za nepřiléhavou označil argumentaci žalobce jím označenými rozhodnutími Soudního dvora Evropské unie, neboť dotčená rozhodnutí se týkala skutkově odlišných

případů. Z rozsudků C-304/08 i C-540/08 dle mínění městského soudu vyplývá, že účast ve spotřebitelské loterii musí být bezplatná (vyjma nákupu určitého zboží za jeho běžnou cenu), jinak se nejedná o obchodní praktiku ve smyslu čl. 2 písm. d) směrnice 2005/29/ES.

[8] Městský soud se dále zabýval obsahem stanoviska Ministerstva financí ze dne 31. 3. 2005, z něhož vyplývá, že zaslání SMS zprávy za speciální tarif je třeba považovat za vklad. Pokud je navíc výherce vybírán na základě principu „vyhrává každá x-tá správná odpověď“, je naplněn i další znak charakterizující hry, k jejichž provozování je třeba povolení podle zákona. Soud se neztotožnil s tvrzením žalobce, že stanovisko se nezabývá variantou „vyhrává nejrychlejší správná odpověď“, neboť i v této soutěžní variantě rozhoduje o výherci náhoda, nikoli jeho dovednost, a z hlediska jazykového výkladu lze uvedenou variantu podřadit pod možnost „vyhrává každá x-tá správná odpověď“. Závěry citovaného stanoviska jsou nadto v souladu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 136/2015 - 51.

[9] Městský soud nepřisvědčil ani argumentaci žalobce stanoviskem Českého telekomunikačního úřadu (dále jen „ČTÚ“) ze dne 18. 2. 2014. Zdůraznil, že ČTÚ není správním orgánem, který by se po odborné stránce zabýval regulací loterií. Žalobci proto na základě uvedeného stanoviska nemohlo vzniknout žádné legitimní očekávání a žalovaný se jím nebyl povinen řídit.

[10] Za rozhodující v posuzované věci považoval soud skutečnost, že žalobcem požadovaná cena 9 Kč vč. DPH za soutěžní SMS nebyla cenou obvyklou ve smyslu bodu 33 rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 136/2015 - 51. Z tohoto důvodu se dle mínění soudu jedná o vklad ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích, pročež nelze soutěže organizované žalobcem podřadit pod úpravu vyplývající ze směrnice 2005/29/ES.

[11] Městský soud se dále zabýval otázkou, zda a v jaké míře se v soutěžích objevoval prvek náhody. Zdůraznil, že stanovisko Ministerstva financí ze dne 11. 5. 2006 bylo zveřejněno toliko jako tisková zpráva a v jeho úvodu je uvedeno, že se nejedná o závazný výklad zákona. Na jeho základě proto nemohlo žalobci vzniknout legitimní očekávání. Soud se nadto neztotožnil s tvrzením obsaženým v dotčeném stanovisku, že při soutěžích založených na principu „každá x-tá SMS vyhrává“ není přítomen prvek náhody. V této souvislosti poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 8. 2014, č. j. 9 Afs 150/2013 - 79, a uvedl, že nezávazný výklad pojmu náhody podle žalobcem citovaného stanoviska (tiskové zprávy) byl překonán judikaturou. Závěrem k této otázce dodal, že účastníci soutěží organizovaných žalobcem nemohli žádným způsobem ovlivnit, zda právě jejich soutěžní SMS bude právě ona „x-tá“ v pořadí či ona nejrychlejší.

[12] Závěrem se soud věnoval námitkám vztahujícím se k výši uložené pokuty, přičemž odůvodnění prvostupňového rozhodnutí k této otázce shledal přesvědčivým a zdůraznil, že správní orgány přihlédly jak k okolnostem, které svědčily v neprospěch, tak ve prospěch žalobce. Pro účely posouzení výše pokuty nicméně neshledal relevantním údajnou nepodnikatelskou bázi soutěží nebo způsob užívání příjmů ze soutěžních SMS.

[13] Městský soud tedy dospěl k závěru, že žaloba je nedůvodná. Současně neshledal, že by bylo nezbytné obracet se v této věci s předběžnou otázkou na Soudní dvůr Evropské unie.

III. Obsah kasační stížnosti

[14] Proti rozsudku městského soudu brojí žalobce (stěžovatel) kasační stížností z důvodu nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení [důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.")]. K právnímu hodnocení provedenému městským soudem předestřel následující výhrady.

[15] Stěžovatel má předně za to, že městský soud chybně dovodil, že závěry vyplývající z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 136/2015 – 51 k výkladu pojmu „sázka" ve světle zákona o hazardních hrách lze plně vztáhnout i na dřívější zákon o loteriích. Poukázal na skutečnost, že zákon o loteriích definici pojmu „sázka" neobsahoval a nesrozumitelně směšoval pojmy „sázka" a „vklad", což bylo od počátku předmětem kritiky odborné veřejnosti. Na tuto skutečnost upozorňuje i důvodová zpráva k zákonu o hazardních hrách, která zdůraznila nutnost rozlišování mezi těmito pojmy. Zákon o hazardních hrách postavil najisto, že o hazardní hru (loterii či jinou podobnou hru) se bude jednat pouze tehdy, bude-li do hry vložena sázka, tedy nikoliv libovolný vklad. Sázku přitom představuje výlučně takový vklad, který má povahu *„sázejícím dobrovolně určeného nevratného plnění, které bude porovnáváno s výsledkem hazardní hry."* Stěžovatel je přesvědčen, že pokud je podmínkou ve hře vklad, který nemá povahu sázky, nelze hru vůbec hodnotit jako loterii. Přesně takovým vkladem přitom byly soutěžní SMS v posuzované věci.

[16] Stěžovatel dále trvá na tom, že žalovaný se odchýlil od ustálené správní praxe. Na podporu svého tvrzení doložil již v řízení před městským soudem rozhodnutí žalovaného č. j. 12086/14/5000-26000-703694 a ke kasační stížnosti přikládá dále také rozhodnutí žalovaného ze dne 23. 7. 2013, č. j. 19197/13/5000-26000-703694. Z těchto rozhodnutí je zřejmé, že žalovaný systematicky posuzoval soutěže, které byly obdobné jako soutěže pořádané stěžovatelem, za spotřebitelské loterie podle § 1 odst. 5 zákona o loteriích, nikoliv jako tzv. „velké loterie". Stěžovatel zdůrazňuje, že právě přezkumem druhého ze zde odkazovaných rozhodnutí se Nejvyšší správní soud zabýval v přelomovém rozsudku č. j. 8 As 136/2015 – 51. Správní praxe žalovaného se tedy vyznačovala minimálně tím, že speciálně zpoplatněné SMS nepovažoval za vklad (sázku) ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích a tyto soutěže (pokud u nich shledal náhodný výběr výherce) považoval za spotřebitelské loterie. Stěžovatel na podporu svých tvrzení cituje z odůvodnění jím předložených správních rozhodnutí žalovaného a dodává, že žalovaný zcela svévolně změnil výklad zákona o loteriích, čímž porušil § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 12. 2013, č. j. 5 Afs 84/2012 – 40, nález Ústavního soudu ze dne 26. 11. 2002, sp. zn. II. ÚS 296/01, a judikaturu Evropského soudu pro lidská práva (rozsudek ve věci Feldek proti Slovensku) zabývající se otázkou právní jistoty a předvídatelnosti rozhodnutí.

[17] Smyslem zpoplatnění soutěžní SMS částkou ve výši 9 Kč vč. DPH nebylo dosahování jakéhokoliv zisku (tj. podnikání), ale podpora prodeje určitého zboží, což je ostatně i rozlišovací kritérium, které žalovaný v minulosti v rámci své rozhodovací praxe uplatňoval a které lze nalézt v odkazovaných rozhodnutích žalovaného. Stěžovatel předložil finanční bilanci posuzovaných marketingových soutěží, z níž vyplývá, že jen na přímých nákladech (finanční a věcné výhry, náklady za zpětné SMS) vynaložil více, než kolik představovaly jeho výnosy. Soutěže nepořádal za účelem zisku, ale jednalo se o způsob podpory prodeje jeho časopisů. U křížovek o ceny se nadto jedná o tradiční nástroj zábavy pro čtenáře, který se v časopisech objevuje již desítky let. Stěžovatel považuje za zcela absurdní stavět na roveň tzv. „velkých loterií" zábavné soutěže pro čtenáře či různé soutěže v televizních a rozhlasových pořadech a je přesvědčen, že takový nebyl ani úmysl zákonodárce.

[18] Stěžovatel považuje za pravděpodobné, že Specializovaný finanční úřad a žalovaný přehodnotili výklad zákona o loteriích z toho důvodu, že Vláda České republiky v roce 2016 označila regulaci spotřebitelských loterií za rozpornou s unijním právem a posléze tento rozpor potvrdil v rozsudku č. j. 8 As 136/2015 – 51 i Nejvyšší správní soud. Takový postup žalovaného však představuje obcházení zákona, neboť pokud je nepřípustné aplikovat na spotřebitelské loterie omezení uvedená v § 1 odst. 5 zákona o loteriích, tím spíše na ně nelze aplikovat ještě přísnější úpravu dopadající na tzv. „velké loterie".

[19] Stěžovatel se dále ohradil vůči tvrzení městského soudu, že jím odkazovaná rozhodnutí Soudního dvora EU ve věcech C-304/08 a C-540/08 na posuzovanou věc nedopadají. Především nesouhlasí se závěrem soudu, že podle citovaných rozhodnutí musí být účast ve spotřebitelských loteriích bezplatná. Uvedená rozhodnutí se otázkou úplatnosti vůbec nezabývají a nevylučují, aby byl za splnění všech podmínek vyplývajících ze směrnice 2005/29/ES vstup do soutěže zpoplatněn. Stěžovatel trvá na tom, že závěry vyplývající z uvedených rozhodnutí lze vztáhnout i na posuzovanou věc a jím organizované soutěže mají charakter obchodní praktiky ve smyslu směrnice 2005/29/ES.

[20] Stěžovatel se dále vyjádřil ke stanovisku Ministerstva financí z roku 2006 a stanovisku ČTÚ z roku 2014. V této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 3. 2018, č. j. 4 As 257/2017 – 82 (stěžovatel mylně uvedl rozsudek ze dne 27. 4. 2017, č. j. 4 As 86/2016 – 38), týkající se problematiky legitimního očekávání. Ministerstvo financí ve svém stanovisku mimo jiné uvedlo, že jej vydává „*za účelem zvýšení právní jistoty pořadatelů marketingových soutěží*", či že jeho smyslem je „*aby se spotřebitelé mohli i nadále podobných soutěží účastnit, aniž by organizátorovi hrozil postih*". Obsahem stanoviska je výčet soutěžních praktik (mezi něž patří i nyní posuzované soutěže), u nichž ministerstvo uvádí, že „*neobsahují prvek náhody, a proto nepodléhají zákonu (a to ani v případě existence vkladu do hry).*" V neposlední řadě je pak ve stanovisku uvedeno, že nahrazuje dřívější stanovisko z roku 2005, na něž se odvolává žalovaný. S ohledem na všechny tyto okolnosti považuje stěžovatel závěry městského soudu, že mu na základě stanoviska Ministerstva financí nemohlo vzniknout žádné legitimní očekávání, za absurdní. Stěžovatel postupoval zcela v intencích tohoto stanoviska v očekávání, že mu nehrozí postih, neboť jím pořádané soutěže vůbec nespadají pod regulaci zákona o loteriích. Současně odmítl, že by stanovisko mohlo být překonáno judikaturou.

[21] Stěžovatel trvá na tom, že legitimní očekávání u něj vyvolalo i stanovisko ČTÚ, a to především z toho důvodu, že nebylo v rozporu se stanoviskem Ministerstva financí z roku 2006 a naopak jej výkladově doplňovalo. Současně Nejvyšší správní soud v již citovaném rozsudku č. j. 4 As 257/2017 – 82 připustil, že legitimní očekávání může založit i stanovisko vydané správním orgánem, který k tomu nebyl zákonem výslovně zmocněn. ČTÚ je správním orgánem, do jehož kompetence spadá regulace telekomunikačních technologií, tedy i regulace Premium SMS, o něž se v této věci jedná. Pro úplnost stěžovatel dodává, že ČTÚ stanovisko vypracoval na základě přímého zadání Ministerstva financí, které závěry v něm obsažené nikdy nezpochybnilo.

[22] Pokud se jedná o tvrzení městského soudu, že cena soutěžní SMS ve výši 9 Kč vč. DPH není cenou obvyklou, uvádí k tomu stěžovatel, že se nejedná o běžnou SMS, ale o soutěžní SMS, s níž je spojena další služba (zapojení do soutěže). Stěžovatel je přesvědčen, že městský soud měl zjišťovat obvyklou cenu prémiových SMS, nikoliv běžných SMS, což však neučinil. Z již zmiňovaného stanoviska ČTÚ z roku 2014 vyplývá, že obvyklá cena prémiových SMS se v roce 2012 pohybovala v rozmezí od 7,40 Kč bez DPH až do 26 Kč bez DPH. Pokud tedy v posuzované věci činila cena soutěžních SMS 9 Kč vč. DPH, jedná se o obvyklou cenu za obdobnou službu.

[23] Stěžovatel se neztotožnil ani s tvrzením soudu, že účastníci soutěže nemohli žádným způsobem ovlivnit, zda jejich SMS bude ona nejrychlejší či „x-tá“ v pořadí. K této otázce se blíže vyjádřil v žalobě, na niž v podrobnostech odkazuje. Pouze ve stručnosti zopakoval, že soutěžící mohli časem odeslání i počtem odeslaných SMS přímo ovlivnit, kolikátá v pořadí bude jejich SMS doručena.

[24] V neposlední řadě městský soud při ukládání pokuty nepřihlédl k nepodnikatelské bázi soutěží. Stěžovatel akcentuje, že soutěže nepořádal za účelem zisku, přičemž příjmy ze soutěžních SMS primárně ani neplynuly jemu, nýbrž telefonním operátorům.

IV. Vyjádření žalovaného

[25] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti vyzdvihl, že pro podřazení určité hry pod definici loterie ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích musí tato hra kumulativně splňovat tři základní prvky – vklad (sázku), náhodu a výhru. V posuzované věci se staly spornými dva první definiční znaky loterie. K otázce vkladu se žalovaný podrobně vyjádřil na s. 9 – 13 napadeného rozhodnutí a náležitě se s ní vypořádal i městský soud, který odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 136/2015 – 51. Z tohoto rozsudku jednoznačně plyne, že je-li účast v soutěži podmíněna nákupem zboží či služby za cenu vyšší než obvyklou, představuje část ceny převyšující cenu obvyklou vklad (sázku) ve smyslu zákona o loteriích. V posuzované věci tedy byl prvek vkladu (sázky) přítomen. Obdobné závěry vyplývají i z § 4 odst. 1 písm. d) zákona o hazardních hrách.

[26] S namítaným porušením správní praxe se dle mínění žalovaného dostatečně vypořádal městský soud v bodě 75 přezkoumávaného rozsudku. Žalovaný doplnil, že při posuzování věci postupoval zcela v souladu se stanoviskem Ministerstva financí *Soutěže o*

ceny pomocí SMS zveřejněného dne 31. 3. 2005. Z tohoto stanoviska jednoznačně vyplývá, že zaslání soutěžní SMS zprávy za speciální tarif představuje zaplacení vkladu, a stěžovatel tedy mohl očekávat, že jím pořádané soutěže budou posuzovány jako tzv. „velké loterie" ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích.

[27] Žalovaný dále zdůraznil, že ne každé rozhodnutí či metodika orgánu veřejné moci může založit závaznou správní praxi, jak vyplývá i z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 – 132, či rozsudku téhož soudu ze dne 19. 4. 2017, č. j. 6 As 98/2016 – 54. I kdyby stěžovatelem tvrzená správní praxe existovala, bylo by třeba pohlížet na ni jako na rozpornou se shora zmiňovaným stanoviskem Ministerstva financí a překonanou pozdější judikaturou Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek č. j. 8 As 136/2015 – 51). Takové správní praxe se nelze úspěšně dovolávat.

[28] Pokud stěžovatel poukazoval na skutečnost, že bilance jím pořádaných soutěží byla záporná, pak žalovaný tuto okolnost považuje za irelevantní. Účelem zákona o loteriích je regulace hazardních her z důvodu omezení jejich negativního vlivu na společnost. Eventuální zisk či ztráta na straně provozovatele her proto není rozhodným kritériem pro posouzení, zda se jedná o loterii.

[29] Žalovaný dále připustil, že ve stěžovatelem odkazovaných rozsudcích Soudního dvora EU C-304/08 a C-540/08 nelze nalézt výslovný závěr o bezplatnosti spotřebitelských loterií. Skutkový stav posuzovaný Soudním dvorem EU v dotčených rozhodnutích se však natolik liší od nyní rozhodované věci, že v nich obsažené závěry nelze mechanicky aplikovat na situaci stěžovatele.

[30] Výkladem směrnice 2005/29/ES se ve skutkově obdobné situaci zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 8 As 136/2015 – 51, který dovodil, že plošný zákaz spotřebitelských loterií je rozporný s citovanou směrnicí. Na loterie a jiné hry, u nichž je účast podmíněna koupí zboží a služby za cenu přesahující cenu obvyklou, se však vztahuje obecný režim provozování loterií podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích. Tento stav trvá i za současné právní úpravy obsažené v zákoně o hazardních hrách, jak Nejvyšší správní soud podrobněji rozvedl v bodě 35 citovaného rozsudku.

[31] Pokud se jedná o stanovisko Ministerstva financí z roku 2006, žalovaný trvá na tom, že nemohlo u stěžovatele založit legitimní očekávání, neboť se nejedná o závazný právní předpis, ale pouze o běžné stanovisko (k tomu odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 8. 2007, č. j. 7 Afs 45/2007 – 251). Předmětné stanovisko nadto nebylo vydáno jako závazné výkladové stanovisko, ale pouze jako tisková zpráva, orgánům Finanční správy ČR nebylo distribuováno oficiální cestou a na webových stránkách Ministerstva financí je jen obtížně dohledatelné v archivu tiskových zpráv. I z toho lze dovodit, že samo ministerstvo považuje stanovisko za neaktuální či nesprávné.

[32] U stěžovatele nemohlo legitimní očekávání založit ani stanovisko ČTÚ ze dne 18. 2. 2014. Stěžovatel nepřípustně zobecňuje závěry vyplývající z rozsudku č. j. 4 As 257/2017 – 82, neboť v tehdejší věci soud přezkoumával rozhodnutí Státní energetické inspekce a autorem stanoviska byl Energetický regulační úřad, tedy oba správní orgány spadaly do

téhož odvětví veřejné správy. Naopak v nyní posuzované věci se jedná o stanovisko vydané orgánem působícím ve zcela odlišném odvětví státní správy a oblast loterií se jej nijak nedotýká.

[33] K námitce týkající se posuzování obvyklosti ceny SMS žalovaný uvádí, že je povinností mobilních operátorů odeslat jakoukoliv SMS, která je zpoplatněna dle tarifu sjednaného se spotřebitelem. Je obecně známou skutečností, že průměrná cena běžných SMS se pohybuje kolem 2 Kč vč. DPH. Takovou cenu je třeba považovat za cenu obvyklou. Na tom nic nemění skutečnost, že cena za soutěžní SMS v posuzované věci nikterak nevybočovala z rozpětí, v němž se ceny prémiových SMS v rozhodném období pohybovaly.

[34] K existenci prvku náhody žalovaný primárně odkázal na napadené rozhodnutí (s. 13 - 15), v němž se k této otázce podrobně vyjádřil a jeho závěry zcela korespondují s názorem vyjádřeným v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 8. 2014, č. j. 9 Afs 150/2013 – 79. Ve stručnosti žalovaný připomněl, že jakkoliv lze v soutěžích typu „vyhrává x-tá SMS v pořadí“ nebo „vyhrává nejrychlejší správná odpověď“ zvýšit naději na výhru odesláním většího počtu zpráv, v rozhodující míře je výsledek hry udáván náhodou. Na výsledném pořadí odeslané zprávy má zásadní podíl množství neovlivnitelných okolností jako je síla signálu, délka „cesty signálu“ od odesílatele k příjemci, počasí, eventuální přetížení telekomunikační sítě či chování jiných osob účastnících se soutěže.

[35] Závěrem se žalovaný vyjádřil rovněž k tvrzení stěžovatele ohledně nezohlednění specifických okolností případu při ukládání pokuty. K tomu uvedl, že s okolnostmi relevantními pro stanovení výše pokuty se náležitě vypořádal Specializovaný finanční úřad na s. 19 – 21 prvostupňového rozhodnutí. Údajná nepodnikatelská báze soutěží, jakož i otázka, komu plynuly příjmy z prémiových SMS, však mezi takové okolnosti nepatří. Společenská škodlivost jednání stěžovatele spočívá již v tom, že provozoval loterie či podobné hry bez povolení příslušného správního orgánu.

V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[36] Nejvyšší správní soud nejprve posuzoval splnění podmínek řízení, přičemž shledal, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou a jedná se o kasační stížnost, která je ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná. Důvodnost kasační stížnosti posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů, současně zkoumal, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by byl nucen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[37] Kasační stížnost je důvodná.

[38] V posuzované věci je nesporné, že stěžovatel pořádal od počátku roku 2014 až do zahájení kontroly dne 11. 5. 2015 prostřednictvím časopisů specifikovaných v bodě [1] tohoto rozsudku soutěže, přičemž předpokladem zapojení se do těchto soutěží byla jednak koupě časopisu (za jeho běžnou cenu) a dále odeslání Premium SMS zpoplatněné částkou 9 Kč vč. DPH. O výherci v soutěžích bylo rozhodováno na základě principu „vyhrává nejrychlejší správná odpověď“, či „vyhrává x-tá SMS v pořadí“. Předmětem sporu je pak otázka, zda lze tyto soutěže podřadit pod pojem „loterie či jiná podobná hra“ (dále

jen „loterie“), jak jej definuje § 1 odst. 2 zákona o loteriích, a zda byly splněny předpoklady pro uložení pokuty za spáchání správního deliktu podle § 48 odst. 1 písm. c) téhož zákona.

V.a) Vybrané základní zásady a principy správního trestání

[39] Předtím, než Nejvyšší správní soud přikročí k bližšímu rozboru zde nastíněných otázek, považuje za potřebné připomenout některé obecné zásady činnosti správních orgánů a zásady správního trestání, které se v projednávané věci dostávají do popředí, a jež je třeba vnímat jako vůdčí principy při posuzování zákonnosti postupu správních orgánů.

[40] Jednu z esenciálních zásad, která se uplatní ve všech správních řízeních, představuje zásada zákonnosti vyvěrající z ústavního principu vyjádřeného v čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Tato zásada je v procesní rovině vyjádřena v § 2 odst. 1 správního řádu, který stanoví obecně povinnost správních orgánů postupovat v souladu se zákony a jinými právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. V oblasti hmotného práva je tato zásada reprezentována též typicky trestněprávními zásadami *nullum crimen sine lege* a *nulla poena sine lege*, zakotvenými v čl. 39 Listiny základních práv a svobod. V kontextu správního trestání to pak znamená, že správním deliktem může být pouze takové jednání, u něhož tak zákon výslovně stanoví, potažmo že za správní delikty lze uložit jen sankce předvídané zákonem.

[41] K výkladu zásady *nullum crimen sine lege* se Nejvyšší správní soud blíže vyjádřil v rozsudku ze dne 19. 4. 2007, č. j. 2 Afs 176/2006 – 96, č. 1258/2007 NSS., v němž zdůraznil, že *„[d]efinování skutkové podstaty pak musí být dostatečně určité, konkrétní a jednoznačné, neboť jen tak bude odpovídat ústavní kautele vyjádřené explicitně pro trestné činy v čl. 39 Listiny základních práv a svobod a v čl. 7 Úmluvy o lidských právech a základních svobodách ve znění protokolů č. 3, 5 a 8 (vyhlášena pod č. 209/1992 Sb.), již však v zásadě není důvodu nepoužít i na správní delikty. […] Aby postih za správní delikt odpovídal požadavku předvídatelnosti právní regulace a umožnil každému předem ‚volit‘ mezi jednáním v souladu se zákonem (za které nebude postižen) a jednání v rozporu se zákonem, za něž mu hrozí postih veřejnoprávní sankcí, musí mít dostatečnou možnost předem rozpoznat, jaké jednání je zákonem či judikaturou považováno za zákonné a jaké za protiprávní.“*

[42] Se zásadou zákonnosti úzce souvisí další z obecných zásad trestání, a to zásada zákazu retroaktivity, vyjádřená v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, která stanoví, že trestnost činu se posuzuje podle zákona účinného v době jeho spáchání; to však neplatí, pokud je pozdější zákon pro pachatele příznivější. Užití této zásady v oblasti správního trestání potvrdil rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 – 46.

[43] Další typicky trestněprávní zásadu představuje zásada subsidiarity trestní represe, kterou je třeba v kontextu správního trestání chápat zejména tím způsobem, že *správněprávní* odpovědnost by měla být uplatňována jen v nezbytném rozsahu a pouze v těch případech, nepostačují-li mírnější prostředky – např. uplatnění odpovědnosti občanskoprávní či pracovněprávní. Správní trestání by tedy mělo přicházet v úvahu jen tehdy, dosahuje-li konkrétní jednání určitého stupně společenské škodlivosti. Již v rozsudku ze dne 31. 10. 2008, č. j. 7 Afs 27/2008 – 46, Nejvyšší správní soud dovodil, že *„[k]ategorie správních deliktů je kategorií trestního práva v širším slova smyslu, tudíž se pro*

všechny správní delikty, nejen pro přestupky, uplatní povinnost správního orgánu zkoumat nejen naplnění formálních znaků správního deliktu, ale také, zda jednání vykazuje daný stupeň společenské škodlivosti, tudíž materiální stránku správního deliktu." Zdůraznil přitom, že „*zpravidla nelze považovat jednání pachatele deliktu za nebezpečné již jen proto, že je protiprávní. [...] Lze si totiž představit případy, kdy porušení veřejného zájmu je zcela minimální a jedná se o jednání, které vzhledem ke konkrétním okolnostem nevykazuje daný stupeň společenské nebezpečnosti (materiální stránku deliktu). Stupeň nebezpečnosti činu pro společnost je přitom určován zejména závažností správního deliktu, kterou lze posoudit zejména s ohledem na způsob jeho spáchání a jeho následky, okolnosti, za nichž byl spáchán, na formu a míru zavinění za předpokladu, že zavinění je zákonným znakem deliktu, a v neposlední řadě též s ohledem na osobu pachatele a případné pohnutky, které jej ke spáchání vedly.*"

[44] Neméně důležitý princip, který musí správní orgány při své rozhodovací činnosti ctít, reprezentuje zásada legitimního očekávání, která je v obecné rovině vyjádřená v § 2 odst. 4 správního řádu a která stanoví, že správní orgány mají rozhodovat takovým způsobem, aby v obdobných případech nevznikaly nedůvodné rozdíly.

[45] K zásadě legitimního očekávání se podrobně vyjádřil Ústavní soud v nálezu ze dne 19. 3. 2009, sp. zn. III. ÚS 2822/07, v němž uvedl, že „*ke znakům právního státu neoddělitelně patří hodnota právní jistoty a z ní vyplývající princip ochrany důvěry občanů v právo, které jsou v nejobecnější podobě obsaženy v článku 1 odst. 1 Ústavy; povaha materiálního právního státu přitom obsahuje s ním rovněž spjatou maximu, podle níž, jestliže někdo jedná v (oprávněné) důvěře v určitý zákon (resp. v právo jako takové), nemá být ve své důvěře zklamán. Ochrana jednání učiněného v důvěře v právo pak předpokládá, že právnická nebo fyzická osoba jedná v důvěře nejen v text relevantního právního* předpisu, *ale zejména též v důvěře v trvající výklad takového předpisu orgány veřejné moci, včetně (zde) konstantní správní praxe správních úřadů a výkladu práva podávaného správními soudy. Přehodnocení výkladu ze strany správních úřadů nebo soudů, za nezměněného stavu interpretovaných právních předpisů, není vyloučeno, avšak lze v něm spatřovat závažný zásah do právní jistoty a intenzitu tohoto zásahu je nutno vždy posuzovat ve světle konkrétní situace. Platí však, že změna dlouhodobé správní praxe nebo soudní judikatury, ale za nezměněného stavu právních předpisů, může nastat jen ze závažných a principiálních důvodů směřujících k dosažení určité právem chráněné hodnoty; v žádném případě se však tak nesmí dít svévolně*".

[46] Problematikou zásady legitimního očekávání v souvislosti se zavedenou správní praxí se opakovaně zaobíral i Nejvyšší správní soud. V usnesení ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 – 132, rozšířený senát zdůraznil, že „*[s]právní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Lze ji změnit, pokud je změna činěna do budoucna, dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je řádně odůvodněna závažnými okolnostmi.*"

[47] V rozsudku ze dne 12. 5. 2016, č. j. 5 As 155/2015 – 35, Nejvyšší správní soud dále dovodil, že legitimního očekávání z titulu zavedené správní praxe se zpravidla nelze dovolávat, jednalo-li se o správní praxi nezákonnou, jejíž následování je nežádoucí a bylo by v rozporu se zákonem. Tuto myšlenku dále rozvíjí rozsudek ze dne 19. 4. 2017, č. j. 6 As 98/2016 – 54, v němž Nejvyšší správní soud uvedl: „*Konečně soudní jurisprudence i*

sekundární literatura jsou vesměs zajedno v tom, že legitimní očekávání na straně adresátů veřejné správy mohou zpravidla založit pouze jednání a postupy, které jsou v souladu se zákonem a v jeho mezích, tedy secundum et intra legem, nikoli contra legem, a s ohledem na princip enumerativnosti státních pretenzí, resp. legality výkonu veřejné moci (čl. 2 odst. 3 Ústavy České republiky a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, též § 2 odst. 1 správního řádu) ani praeter legem (viz např. citované usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu v odstavci 73). Nezákonná správní praxe očekávání, natož legitimní, založit nemůže, neboť nezákonnou správní praxí, jednal-li (dosud) správní orgán mimo svou pravomoc a působnost (ultra vires), nemůže být správní orgán do budoucna vázán. To je nepochybně správné obecné východisko, v konkrétních případech však nemusí být situace tak jednoznačná. To, že správní orgán jednal ultra vires, nemusí být vzhledem k narůstající složitosti a nepřehlednosti právního řádu zdaleka zřejmé ani samotnému správnímu orgánu a adresátům jeho aktů, až do doby, než na to sofistikovaným výkladem právních předpisů nepřijdou vyšší soudy. Nelze vyloučit, že i jednání, jež je nakonec shledáno jednáním ultra vires, může v konkrétní situaci (šlo-li např. o dlouhodobou a dosud nikým a nijak nezpochybňovanou správní praxi nebo akty, které se zřetelně neprotiví ustanovení zákona nebo soudní judikatuře a které nebyly vyvolány, vydány nebo udržovány korupcí nebo jiným trestným nebo nepoctivým jednáním úředních osob či na základě nepravdivých, nesprávných či neúplných údajů) založit na straně adresáta veřejné správy očekávání, jemuž bude zcela výjimečně, při absenci konkurujícího závažného veřejného zájmu, poskytnuta v zájmu obecné spravedlnosti a alespoň do určité míry soudní ochrana.“

[48] Zásada legitimního očekávání a princip právní jistoty přitom nabývá zvláštní důležitosti v oblasti správního trestání, neboť nelze připustit, aby stát sankcionoval takové jednání, u něhož pachatel nemohl jeho trestnost předjímat, a to kupříkladu i s ohledem na dosavadní správní praxi, anebo na nepřehlednost právní úpravy.

[49] Optikou zde uvedených zásad dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že rozsudek městského soudu ani rozhodnutí správních orgánů neobstojí, a to z důvodů, které v podrobnostech rozvede níže.

V.b) Věcná působnost zákona o loteriích

[50] Nejvyšší správní soud předesílá, že ke dni 1. 1. 2017 nabyl účinnosti zákon o hazardních hrách, který nahradil dřívější úpravu obsaženou v zákoně o loteriích. Jakkoliv stěžovatel pořádal sporné soutěže za účinnosti dřívějšího zákona o loteriích, bude soud na některých místech vycházet i z úpravy obsažené v zákoně o hazardních hrách, která může dopomoci k lepšímu pochopení smyslu a účelu regulace loterií (hazardních her). Tím však kasační soud nikterak nepředjímá, podle jaké právní úpravy bude nezbytné jednání stěžovatele hodnotit (srov. bod [79] tohoto rozsudku), neboť je třeba mít na zřeteli, že pozdější úpravu by bylo třeba aplikovat tehdy, pokud by byla pro stěžovatele příznivější (čl. 40 odst. 6 věta druhá Listiny základních práv a svobod).

[51] Podle § 1 odst. 1 zákona o loteriích *„[ú]čelem tohoto zákona je vymezit rámec pro zákonem povolené podnikání v oblasti loterií a jiných podobných her a pro jejich provozování, přispět k ochraně osob, které se účastní loterií a jiných podobných her, a k omezení společenských rizik této účasti.“*

[52] Podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích platí, že *„[l]oterií nebo jinou podobnou hrou se rozumí hra, jíž se účastní dobrovolně každá fyzická osoba, která zaplatí vklad (sázku), jehož návratnost se účastníkovi nezaručuje. O výhře nebo prohře rozhoduje náhoda nebo předem neznámá okolnost nebo událost uvedená provozovatelem v předem stanovených herních podmínkách (dále jen „herní plán"). Nezáleží přitom na tom, provádí-li se hra pomocí mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení."*

[53] Podle § 4 odst. 1 věty první zákona o loteriích *„[l]oterie a jiné podobné hry mohou být provozovány pouze na základě povolení vydaného příslušným orgánem."*

[54] Podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích *„[p]okutu do výše 10.000.000 Kč uloží finanční úřad uvedený v § 46 odst. 1 písm. c) právnické nebo fyzické osobě, která bez povolení, které by bylo oprávněno vydat ministerstvo, provozuje nebo organizuje loterii, tombolu nebo jinou podobnou hru, nebo ji provozuje v rozporu s tímto zákonem nebo poruší zákaz stanovený v § 1 odst. 5 nebo § 4 odst. 10."*

[55] Specializovaný finanční úřad uložil stěžovateli pokutu podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích, neboť dovodil, že stěžovatelem provozované soutěže je třeba považovat za loterie ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích, přičemž tyto loterie lze provozovat toliko na základě povolení (§ 4 odst. 1 zákona o loteriích), jímž stěžovatel nedisponoval.

[56] Demonstrativní výčet her, které lze podřadit pod pojem loterie, obsahuje § 2 zákona o loteriích. Soutěže pořádané stěžovatelem zcela zjevně nespadají pod žádnou z vyjmenovaných kategorií loterií. Za těchto okolností je třeba o to pečlivěji zkoumat (a to i s ohledem na zásadu *nullum crimen sine lege*), zda sporné soutěže spadají pod regulaci zákona o loteriích.

[57] Žalovaný vyjádřil přesvědčení, že pro podřazení soutěží pod pojem „loterie" ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích je nezbytné, aby byly kumulativně splněny následující pojmové znaky loterií: a) zaplacení vkladu (sázky), jehož návratnost se nezaručuje, b) existence výhry, c) o výhře rozhoduje náhoda či předem neznámá okolnost (událost). Za irelevantní naopak označil skutečnost, zda stěžovatel provozoval soutěže za účelem zisku. S tímto zjednodušujícím pohledem se však Nejvyšší správní soud neztotožňuje.

[58] Jak soud uvedl již v bodě [51], účelem zákona o loteriích je *„vymezit rámec pro zákonem povolené podnikání v oblasti loterií a jiných podobných her a pro jejich provozování, přispět k ochraně osob, které se účastní loterií a jiných podobných her, a k omezení společenských rizik této účasti."*

[59] Je tedy zřejmé, že smyslem a účelem zákona o loteriích není regulace jakýchkoliv her, které naplňují formální znaky definice pojmu loterie, ale toliko úprava podnikání v oblasti loterií a jiných podobných her, tzn. provozování těchto her za účelem zisku.

[60] Obdobné závěry vyplývají i z § 5 odst. 1 zákona o hazardních hrách, který stanoví, že „[*p*]*rovozováním hazardní hry se rozumí vykonávání činností spočívajících v uskutečňování hazardní hry se záměrem dosažení zisku, zejména příjem sázek a vkladů do hazardní hry, výplata výhry, další činnosti organizačního, finančního a technického charakteru související s*

uvedením hazardní hry do provozu a se zajištěním vlastního provozu, jakož i činnosti potřebné pro ukončení a vypořádání hazardní hry.“

[61] Nejvyšší správní soud je na rozdíl od městského soudu přesvědčen, že „provozování loterií za účelem zisku“ plynoucího z této činnosti představuje jeden z esenciálních znaků loterií (hazardních her), jak je definují příslušné zákony. Jakkoliv není tento znak výslovně uveden v § 1 odst. 2 zákona o loteriích, který obsahuje legální definici pojmu „loterie nebo jiná podobná hra“, lze jej dovodit právě z § 1 odst. 1 téhož zákona. Pokud citované ustanovení hovoří o tom, že účelem zákona je vymezit rámec „*pro zákonem povolené podnikání v oblasti loterií a jiných podobných her*“, znamená to, že i otázka, zda byly soutěže provozovány za účelem zisku (ať ho již reálně bylo či nebylo dosaženo) představuje relevantní skutečnost. Snaha o dosažení zisku je totiž imanentním znakem podnikání, což vyplývá i z definice obsažené v § 420 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Zde uvedené pojímání podporuje rovněž důvodová zpráva k zákonu o hazardních hrách, v níž se mimo jiné uvádí: „*Provozování hazardní hry představuje specifický druh podnikání, a to především s ohledem na zvláštní povahu hazardních her, která s sebou nese negativní důsledky pro společnost. Provozování hazardních her je definováno jako činnost se záměrem dosažení zisku, což vychází z běžné definice podnikání obsažené v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění. Tento prvek provozování je tak důležitým korektivem pro aplikaci veřejnoprávní úpravy, neboť způsobuje, že se zákon nebude vztahovat na drobné hraní hazardních her mezi přáteli či v rodině, které jsou vyjádřením základních společenských vztahů v soukromé sféře jednotlivců. Je však nutno mít na paměti, že se při provozování hazardní hry ve smyslu tohoto zákona nemusí jednat o činnost soustavnou, jak je tomu u obecné definice podnikání, ale i o činnost jednorázovou či nahodilou.*“ (zvýraznění doplněno).

[62] Nejvyšší správní soud považuje ve shodě s citovanou důvodovou zprávou prvek „provozování loterií (hazardních her) za účelem zisku“ z této činnosti za jistou formu korektivu při posuzování, zda lze určitou hru považovat za hazardní, respektive za loterii ve smyslu zákona o loteriích. Do věcné působnosti zákona o loteriích tak kupříkladu nespadají příležitostné hry provozované mezi rodinou či přáteli, jak uvádí důvodová zpráva, ale ani jiné formy her, které jsou provozovány za zcela jiným účelem, než je dosažení zisku. Takovým právem aprobovaným účelem může být (za splnění dalších podmínek) i zvýšení povědomí o produktech či službách nabízených provozovatelem soutěže, s cílem podpory jejich prodeje.

[63] Nejvyšší správní soud tedy na tomto místě činí dílčí závěr, že pokud se žalovaný a městský soud odmítli zabývat tvrzením stěžovatele, že v daném případě soutěže neprovozoval za účelem zisku (a žádného zisku ani nedosahoval), toliko s poukazem na skutečnost, že „zisk“ nepatří mezi definiční znaky loterie, počínali si nezákonným způsobem. Provozování soutěží za účelem dosažení zisku je totiž předpokladem pro to, aby dotčené soutěže vůbec spadaly do věcné působnosti zákona o loteriích. Soud doplňuje, že okolnost, zda reálně zisku v konečném důsledku bylo či nebylo dosaženo (tj. případný majetkový prospěch), není pro věc směrodatný. Rozhodující je právě skutečný (nikoliv předstíraný) a objektivně zjistitelný úmysl pořadatele soutěží provozovat je za účelem vytváření zisku, bez ohledu na to, zda tohoto zisku nakonec dosáhl, nebo zůstal ve ztrátě (srov. komentář k § 252 trestního zákoníku: DRAŠTÍK, Antonín a kol. Trestní zákoník: komentář. Vydání první. Praha: Wolters Kluwer, 2015).

[64] Výjimku z pravidla zkoumání provozování za účelem zisku z této činnosti představují spotřebitelské loterie podle § 1 odst. 5 zákona o loteriích, které jsou zcela specifickou (hybridní) kategorií na pomezí loterií a běžných reklamních praktik.

[65] Podle § 1 odst. 5 zákona o loteriích platí, že *„[z]a loterii nebo jinou podobnou hru se považují soutěže, ankety a jiné akce o ceny, při nichž se provozovatel zavazuje vyplatit účastníkům určeným slosováním nebo jiným náhodným výběrem peněžní ceny, vkladní knížky, cenné papíry, pojištění apod. a nemovitosti, a při kterých je podmínkou účasti zakoupení určitého zboží, služby nebo jiného produktu a doložení tohoto nákupu provozovateli nebo uzavření smluvního vztahu s poskytovatelem zboží, služby nebo jiného produktu nebo účast na propagační či reklamní akci poskytovatele anebo provozovatele, a to i nepřímo prostřednictvím jiné (další) osoby (dále jen "spotřebitelské loterie"). Za spotřebitelskou loterii se považují také soutěže, ankety a jiné akce o ceny, při nichž se provozovatel za výše uvedených podmínek zavazuje poskytnout účastníkům nepeněžité plnění, služby nebo ceny ve zboží a produktech apod., jestliže souhrn všech nepeněžitých výher za všechny provozovatelem provozované hry v peněžním vyjádření přesáhne za jeden kalendářní rok částku 200 000 Kč a hodnota jednotlivé výhry přesáhne částku 20.000 Kč. Provozování spotřebitelských loterií je zakázáno. Soutěže, ankety a jiné akce o ceny podle věty první a druhé provozované jedním provozovatelem, ve kterých souhrn nepeněžitých výher za jeden kalendářní rok nepřesáhne částku 200.000 Kč a hodnota jednotlivé výhry nepřesáhne částku 20.000 Kč, podléhají oznamovací povinnosti místně příslušnému finančnímu úřadu. Způsob stanoví Ministerstvo financí (dále jen "ministerstvo") vyhláškou.“*

[66] Ačkoliv je citované ustanovení uvozeno slovy „*za loterii nebo jinou podobnou hru*“, z definice v něm obsažené je zřejmé, že tzv. spotřebitelské loterie ve skutečnosti vůbec loteriemi v pravém slova smyslu nejsou, neboť se k nim váže vlastní svébytná definice a od tzv. „velkých loterií“ upravených v § 1 odst. 2 zákona o loteriích vykazují naprosto zásadní odlišnosti. Krom skutečnosti, že u spotřebitelských loterií absentuje obligatorní znak „vkladu“ či „sázky“, který je nahrazen podmínkou nákupu zboží, služby či jiného produktu, lze odlišnost spatřovat právě i v účelu jejich provozování. Na rozdíl od loterií či jiných podobných her podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích, které jsou provozovány za účelem zisku z této činnosti, představují spotřebitelské loterie formu propagace za účelem podpory prodeje určitého produktu či služby. Spotřebitelské loterie jsou toliko nástrojem ke zvýšení prodeje zboží a pořadatel od nich ani neočekává krytí výdajů spojených s jejich pořádáním (či dokonce vytváření zisku), neboť pro něj představují výdaj srovnatelný s každým jiným výdajem na reklamu (srov. JOSEFI, Petr a RAKUŠAN, Jan. Právní úprava loterií a soutěže zákonu nepodléhající. 2. *Právní rozhledy*, 2006, 14, s. 375-378.).

[67] Pokud by tedy správní orgány zjistily, že stěžovatel v nyní posuzované věci nepořádal dotčené soutěže za účelem zisku z provozování této činnosti, přicházelo by v úvahu (za splnění podmínek obsažených v § 1 odst. 5 zákona o loteriích) jejich podřazení pod pojem spotřebitelské loterie. Správní orgány se však touto otázkou vůbec nezabývaly, v důsledku čehož nelze učinit spolehlivý závěr o tom, zda soutěže pořádané stěžovatelem spadají pod regulaci zákona o loteriích, potažmo zda se jedná o tzv. „velké loterie“ podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích či o spotřebitelské loterie podle § 1 odst. 5 téhož zákona. Pokud by soutěže pořádané stěžovatelem nespadaly do věcné působnosti zákona o

loteriích, nespadaly by vůbec do kompetence žalovaného, potažmo Specializovaného finančního úřadu. To však ještě neznamená, že by se jednalo o oblast neregulovanou, neboť by ji bylo možné kontrolovat z hlediska dodržování předpisů na poli ochrany spotřebitele, popřípadě regulace reklamy.

[68] K otázce posouzení právního režimu nyní zkoumaných soutěží Nejvyšší správní soud v neposlední řadě odkazuje na výčet loterií obsažený v § 2 zákona o loteriích. Jakkoliv se nejedná o uzavřený výčet, je patrné, že žádná z her uvedených v citovaném ustanovení ani vzdáleně nepřipomíná soutěže provozované stěžovatelem. Soud si je vědom toho, že tato skutečnost by sama o sobě mohla být pouze odrazem zastaralosti zákona o loteriích, která byla tomuto zákonu ze strany odborné veřejnosti nezřídka vytýkána. Hry provozované stěžovatelem však neupravuje ani „nový" zákon o hazardních hrách. Podle § 3 odst. 2 citovaného zákona patří mezi hazardní hry následující typy her: a) loterie, b) kursová sázka, c) totalizátorová hra, d) bingo, e) technická hra, f) živá hra, g) tombola, h) turnaj malého rozsahu. Je patrné, že stěžovatelem provozované soutěže nespadají pod žádnou z uvedených kategorií. Přitom výčet uvedený v citovaném ustanovení je (na rozdíl od výčtu obsaženého v zákoně o loteriích) taxativní a § 7 odst. 2 písm. a) zákona o hazardních hrách obsahuje výslovný zákaz provozování her tímto zákonem neupravených. Na tuto skutečnost ostatně upozornil i městský soud v bodě 73 napadeného rozsudku, avšak dovodil z ní, že nová právní úprava staví soutěže pořádané stěžovatelem do ilegality a jejich provozování již vůbec neumožňuje. S tímto závěrem se Nejvyšší správní soud neztotožňuje. Skutečnost, že zákon o hazardních hrách na soutěže provozované stěžovatelem nepamatuje, naopak nasvědčuje závěru, že se jedná o soutěže, které vůbec nelze považovat za hazardní, tj. které regulaci zákona o hazardních hrách nepodléhají. To koresponduje i s již učiněnými závěry, že soutěže neprovozované za účelem zisku mohou být optikou zákona o loteriích toliko tzv. spotřebitelskými loteriemi, nebo do jeho věcné působnosti vůbec nespadají (v závislosti na dalších okolnostech provozování soutěží).

[69] Nejvyšší správní soud nepřehlédl, že žalovaný i městský soud široké vymezení pojmu loterie (bez zohlednění kritéria „provozování za účelem zisku" z této činnosti) odůvodnili mimo jiné poukazem na společenskou škodlivost provozování loterií jako takových a na účel zákona o loteriích spočívající v ochraně společnosti před nežádoucími vlivy spojenými s hraním hazardních her (loterií či jiných podobných her). Kasační soud nezpochybňuje, že smyslem právní regulace obsažené v zákoně o loteriích či pozdějším zákoně o hazardních hrách je také snaha o zmírnění rizik spojených s hraním hazardních her a omezení dopadů negativních jevů provázejících hraní těchto her na společnost (patologické hráčství, zadluženost obyvatelstva, rozvodovost apod.). Právě se zřetelem k tomuto účelu právní regulace je však u každé soutěže (byť i takové, která vykazuje formální znaky loterie podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích) třeba zkoumat, nakolik ve skutečnosti vede k šíření zmiňovaných negativních jevů ve společnosti, tj. jakou mírou společenské škodlivosti se vyznačuje a zdali vůbec nějakou. Naplnění materiální stránky správního deliktu je třeba zkoumat individuálně a nelze ji dovozovat z pouhé skutečnosti, že dotčené jednání vykazuje formální znaky uvedené v zákoně (v podrobnostech viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2008, č. j. 7 Afs 27/2008 – 46). To lze ostatně dokumentovat i na již zmiňovaném příkladu příležitostného pořádání „hazardních her" v rámci rodiny, na něž by, i přes naplnění všech formálních znaků uvedených v § 1 odst. 2 zákona o loteriích, nepochybně nebylo možné pohlížet jako na loterie či hazardní

hry pro účely zákona o loteriích (zákona o hazardních hrách), neboť se vyznačují takřka nulovou společenskou škodlivostí.

[70] Posuzování dotčených soutěží optikou společenské škodlivosti přitom není v rozporu s již zmiňovaným náhledem skrze kritérium „provozování za účelem zisku" z této činnosti, neboť obě tato hlediska se naopak vzájemně doplňují. U soutěží, jejichž provozování není předmětem podnikatelské činnosti a které nejsou organizovány za účelem dosažení zisku z této činnosti, totiž bude společenská škodlivost zpravidla poměrně nízká či dokonce žádná.

[71] Pokud se jedná o nyní projednávanou věc, městský soud a před ním i žalovaný otázku společenské škodlivosti zcela upozadili a dovodili ji toliko z naplnění formálních znaků uvedených v § 1 odst. 2 zákona o loteriích, aniž by se zabývali specifickým charakterem stěžovatelem pořádaných soutěží. Nejvyšší správní soud považuje za významné, že se jedná o tradiční soutěže o ceny pořádané skrze stěžovatelem vydávaná periodika. Lze očekávat, že tato periodika mají z velké části stálou čtenářskou základnu a předmětné soutěže tak představují především zdroj zábavy a rozptýlení pro jejich pravidelné čtenáře. Společenská škodlivost těchto soutěží, a to i s ohledem na výši částek, které do nich účastníci vkládají (v daném případě cena SMS zprávy činila 9 Kč vč. DPH), lze jen stěží srovnávat s klasickými hazardními hrami typu výherních automatů, či kupříkladu karetních hazardních her. Obdobné soutěže se nadto v různých obměnách dlouhodobě objevují jak v tisku, tak v rozhlasových či televizních vysíláních a představují poměrně běžný způsob zábavy. Žádnou z těchto skutečností se však městský soud ani žalovaný nezabývali.

V.c) Problematika legitimního očekávání

[72] Jakkoliv by již shora uvedené závěry postačovaly ke zrušení rozsudku městského soudu i samotného napadeného rozhodnutí žalovaného, považuje Nejvyšší správní soud za vhodné vyjádřit se stručně i ke stěžovatelem hojně namítanému porušení zásady legitimního očekávání.

[73] Mezi účastníky řízení panuje shoda na tom, že k otázce vymezení loterií, respektive podřaditelnosti určitých typů soutěží pod pojem loterie ve smyslu zákona o loteriích existují vzájemně si odporující stanoviska Ministerstva financí a ČTÚ. Městský soud se podrobně vyjádřil k tomu, z jakého důvodu nemohla stanoviska vyznívající ve prospěch stěžovatele (stanovisko Ministerstva financí ze dne 11. 5. 2006, a stanovisko ČTÚ ze dne 18. 2. 2014) založit jeho legitimní očekávání. V případě stanoviska Ministerstva financí poukázal především na skutečnost, že se nejedná o oficiální závazné stanovisko. Nadto jej označil za věcně nesprávné a judikaturně překonané. V případě stanoviska ČTÚ zdůraznil, že oblast loterií vůbec nespadá do jeho kompetencí, pročež je vyloučeno, aby na jeho základě vzniklo stěžovateli legitimní očekávání.

[74] Městský soud se tedy ke každému ze stanovisek vyjádřil izolovaně, opomněl však zohlednit, zda právě v součtu nemohla narušit právní jistotu stěžovatele a vytvořit situaci, kdy pro něj nebylo seznatelné, zda jedná po právu, či v rozporu s právem. To tím spíše, pokud i dřívější rozhodovací praxe žalovaného inklinovala k jinému výkladu, než jaký prosazoval v nyní projednávané věci. Žalovaný totiž ani existenci dřívější odlišné správní

praxe nezpochybnil, pouze ji označil za nezákonnou a judikaturně překonanou. S takovým výkladem se však nelze ztotožnit. Jakkoliv i Nejvyšší správní soud dovodil, že ne každá správní praxe je způsobilá vyvolat legitimní očekávání (viz zejména rozsudek ze dne 12. 5. 2016, č. j. 5 As 155/2015 – 35), v oblasti správního trestání je třeba trvat na jednoznačnosti a určitosti právní úpravy. Pokud se tedy výklad právní úpravy v čase mění, nebo je právní úprava dokonce vykládána různými způsoby, nesplňuje požadavky vyplývající ze základních zásad správního trestání, zejména zásady *nullum crimen sine lege* (k problematice možnosti změny správní praxe viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 – 132). V případě existence více rovnocenně přesvědčivých výkladů právního předpisu je přitom třeba vždy upřednostnit ten výklad, který je pro účastníka řízení příznivější (*in dubio pro libertate, in dubio mitius*).

V.d) Shrnutí

[75] Nejvyšší správní soud tedy dospěl k závěru, že v posuzované věci správní orgány neprokázaly, že by se stěžovatel dopustil správního deliktu podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích. Správní orgány pouze mechanicky aplikovaly právní úpravu obsaženou v § 1 odst. 2 zákona o loteriích, aniž by však zohlednily, že imanentním znakem loterií je provozování této činnosti za účelem zisku plynoucího právě z této činnosti. Obdobně se odmítly zabývat tím, zda jednání stěžovatele naplňuje takovou míru společenské škodlivosti, aby vůbec mohlo být postižitelné v režimu správního trestání.

[76] Ačkoliv rozsudek městského soudu je zatížen vadou podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. (nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení), nezákonným je i samotné napadené rozhodnutí žalovaného. Vzhledem k tomu, že zjištěné vady napadeného rozhodnutí jsou v řízení před městským soudem nezhojitelné, nepovažuje Nejvyšší správní soud za účelné vracet věc k dalšímu projednání městskému soudu, a přikročil i ke zrušení napadeného rozhodnutí žalovaného.

[77] V dalším řízení bude na žalovaném, aby se zabýval stěžovatelovou námitkou ohledně „nepodnikatelského“ charakteru jím pořádaných soutěží. Rozhodující pro podřazení soutěží pod pojem loterie ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích je zodpovězení otázky, zda stěžovatel pořádal soutěže za účelem zisku právě z této činnosti či nikoliv. Žalovaný přitom pochopitelně nemůže vycházet toliko z tvrzení stěžovatele, ale musí si opatřit dostatek podkladů za účelem objektivního zjištění skutečného účelu těchto soutěží. Jen takovým způsobem lze zamezit pořádání skrytých (zastíraných) loterií pod záminkou jejich provozování za jiným účelem než je dosažení zisku. Pokud by žalovaný dospěl k závěru, že zamýšleným účelem samotných soutěží bylo dosažení zisku stěžovatele z této činnosti, bude nezbytné zabývat se též individuální mírou společenské škodlivosti jednání stěžovatele a posoudit, zda vůbec dosahuje intenzity správního deliktu.

[78] Pokud by žalovaný zjistil, že účelem provozování soutěží nebylo dosažení zisku z této činnosti, přicházelo by v úvahu toliko podřazení těchto soutěží pod spotřebitelské loterie podle § 1 odst. 5 zákona o loteriích, jejichž úprava je však rozporná s právem EU (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2016, č. j. 8 As 136/2015-51).

[79] Nejvyšší správní soud pro úplnost dodává, že pokud by žalovaný i při zohlednění shora specifikovaných kritérií opětovně dovodil, že soutěže provozované stěžovatelem

spadají pod regulaci zákona o loteriích a stěžovatel svým jednáním naplnil některou ze skutkových podstat správního deliktu vymezených v zákoně o loteriích, je jeho povinností zkoumat, zda právní úprava obsažená v „novém“ zákoně o hazardních hrách není pro stěžovatele příznivější (čl. 40 odst. 6 větě druhé Listiny základních práv a svobod).

VI. Závěr a náklady řízení

[80] Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost důvodnou, a proto rozsudek městského soudu zrušil (§ 110 odst. 1 s. ř. s.). Protože již v řízení před městským soudem existovaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí žalovaného pro jeho nezákonnost, rozhodl Nejvyšší správní soud tak, že za použití § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. současně zrušil i toto ve výroku označené rozhodnutí a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 3 a 4 s. ř. s.). Takto může soud postupovat i bez návrhu stěžovatele. Zruší-li Nejvyšší správní soud i rozhodnutí správního orgánu a vrátí-li mu věc k dalšímu řízení, je tento správní orgán vázán právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem ve zrušovacím rozhodnutí (§ 110 odst. 2 s. ř. s. ve spojení s § 78 odst. 5 s. ř. s.).

[81] Nejvyšší správní soud je posledním soudem, který o věci rozhodl, proto musí určit náhradu nákladů soudního řízení. Ve vztahu k výsledku celého soudního řízení je pak nutno posuzovat procesní úspěšnost účastníků řízení. Podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. má úspěšný účastník právo na náhradu důvodně vynaložených nákladů proti účastníku řízení, který úspěch ve věci neměl. Ve věci měl úspěch stěžovatel, pročež mu Nejvyšší správní soud přiznal náhradu nákladů řízení.

[82] Náklady za řízení o žalobě spočívají v náhradě za zaplacený soudní poplatek ve výši 3.000 Kč a odměně advokáta, která zahrnuje odměnu za tři úkony právní služby [převzetí a příprava zastoupení, sepsání žaloby a účast na ústním jednání dne 26. 6. 2020 - § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif)], tj. 3 x 3.100 Kč [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu], a paušální částku ve výši 3 x 300 Kč za tři úkony (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu). Náklady v řízení o kasační stížnosti sestávají z náhrady za zaplacený soudní poplatek ve výši 5.000 Kč a odměny advokáta zahrnující odměnu za jeden úkon právní služby [sepsání kasační stížnosti - § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu], tj. 3.100 Kč, a paušální částku 300 Kč. Vzhledem k tomu, že zástupce stěžovatele je plátcem DPH, zvýšil soud odměnu advokáta o tuto daň. Celkově je tedy žalovaný povinen žalobci uhradit náklady ve výši 24.456 Kč.

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

V Brně dne 10. prosince 2020

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu