



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Petra Šebka a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Filipa Skřivana v právní věci

žalobce: **Topida s.r.o.**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 1922/3, Brno
zastoupený JUDr. Milanem Vašíčkem, MBA, advokátem
sídlem Dominikánské nám. 656/2, Brno

proti
žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**
sídlem Masarykova 31, Brno

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 20.5.2019, č.j. 19450/19/5000-10610-711361,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Odůvodnění:

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení rozhodnutí žalovaného ze dne 20.5.2019, č.j. 19450/19/5000-10610-711361, kterým bylo zamítnuto odvolání žalobce a bylo potvrzeno rozhodnutí Specializovaného finančního úřadu (dále jen „správce daně“) ze dne 5.10.2016, č.j. 244807/16/4300-00805-050610, kterým byla žalobci podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a podobných hrách (dále jen „zákon o loteriích“), uložena pokuta ve výši 125 000 Kč, za porušení § 4 odst. 1 zákona č. 202/1990 Sb., kterého se žalobce dopustil tím, že
 - v období nejméně od 1.3.2015 nejméně do 30.11.2015 v provozovně Českobratrská 904/61, Ostrava, provozoval nebo organizoval loterii nebo jinou podobnou hru prostřednictvím 4 kusů technických zařízení (dále jen „zařízení“) označených jako „KVÍZ VĚDOMOSTNÍ“ bez platného povolení Ministerstva financí ČR (dále jen „povolení“);
 - v období nejméně od 1.3.2015 nejméně do 30.11.2015 v provozovně Rudolfovská 686/66a, České Budějovice, provozoval nebo organizoval loterii nebo jinou podobnou hru prostřednictvím 7 kusů zařízení označených jako „VĚDOMOSTNÍ KVÍZ“ bez povolení;
 - v období nejméně od 1.3.2015 nejméně do 30.11.2015 v provozovně „Bar Štefka“, Štefánikova 60, Brno, provozoval nebo organizoval loterii nebo jinou podobnou hru prostřednictvím 6 kusů zařízení označených jako „KVÍZ VĚDOMOSTNÍ“ bez povolení;
 - v období nejméně od 1.3.2015 nejméně do 30.11.2015 v provozovně „NON STOP KAJOT“, Mendlovo nám. 22/13, Brno, provozoval nebo organizoval loterii nebo jinou podobnou hru prostřednictvím 6 kusů zařízení označených jako „KVÍZ VĚDOMOSTNÍ“ bez povolení;
 - v období nejméně od 1.3.2015 nejméně do 30.11.2015 v provozovně Lidická 43, Brno, provozoval nebo organizoval loterii nebo jinou podobnou hru prostřednictvím 7 kusů zařízení označených jako „KVÍZ VĚDOMOSTNÍ“ bez povolení;
 - v období nejméně od 1.3.2015 nejméně do 30.11.2015 v provozovně „Kajot Intacto“, Zvonařka 1, Brno, provozoval nebo organizoval loterii nebo jinou podobnou hru prostřednictvím 5 kusů zařízení označených jako „KVÍZ VĚDOMOSTNÍ“ bez povolení.

I. Shrnutí žalobní argumentace

2. Žalobce podrobnou argumentací dovozuje, že vědomostní zařízení nelze považovat za loterie a jiné podobné hry dle zákona o loteriích; správní orgány v rozporu se správní praxí vědomostní zařízení účelově subsumovaly pod § 1 odst. 2 tohoto zákona. Jediným žalobci známým pramenem tohoto tvrzení je opakované vyjádření Ing. A. B. coby bývalého ministra financí.
3. Žalobce má dále závěry žalovaného, pokud jde o mechanismus tzv. otázky poslední záchrany, za nepřesvědčivé a nedostatečně zdůvodněné.
4. Žalobce nesouhlasí se závěry správních orgánů, že byl provozovatelem předmětných zařízení; podrobnou argumentací žalobce dovozuje, proč tomu tak nebylo. Žalobce kupř. neřešil záležitosti nezbytné k provozu vědomostních zařízení, například údržbu. Ani z toho, že nájemné bylo sjednáno ve výši 35 % z výnosu vědomostních zařízení, nelze dovozovat, že žalobce byl jejich provozovatelem. Žalobce pouze pronajal prostor, kde byla vědomostní zařízení umístěna, a činil drobné úkony, které však nesplňují definici

provozování podle zákona o loteriích. Výkladem ad absurdum by bylo možné logikou správních orgánů dojít k jedinému závěru, že všichni pronajímatelé, hostinští a další osoby, které učiní jakkoli úkon spojený s provozováním loterií, by museli mít platné povolení k jejich provozování.

5. Žalobce rovněž poukazuje na to, že pokud jde o stanovisko Ministerstva financí, to slouží pouze jako nezávazné výkladové stanovisko, přičemž žalobce má za to, že jak žalovaný tak ministerstvo interpretují zákon o loteriích příliš extenzivně. Podle žalobce by takovým pohledem byl každý synallagmatický závazkový právní vztah loterií, stejně jako kupř. i pojištění.
6. Žalobce nabyt legitimní očekávání, že nemůže být označen za osobu provozující vědomostní soutěž (resp. loterii); po dobu účinnosti zákona o loteriích se ustálila správní praxe (kterou dosud správní orgány nezpochybnily), že pokud provozovatel loterie, který získá povolení, vykonává svoji činnost částečně za pomoci pronajímatele prostor nebo osoby, která v těchto prostorách provozuje svoji hostinskou činnost, tak takový provozovatel provozuje loterii za pomoci třetích osob, v jejichž případě se jedná o pouhou legální pomoc provozovateli.
7. Podle žalobce se v případě postupu správních orgánů jedná o zjevně účelový postup v důsledku pokynu cílícího na hostinské, bez právního podkladu, motivovaný politickým zadáním z vedení ústředního orgánu státní správy nadřízeného žalovanému.
8. Svoji argumentaci žalobce rozhojnil v replice podané k vyjádření žalovaného.
9. S ohledem na výše uvedené žalobce navrhl, aby zdejší soud napadené rozhodnutí, včetně jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí správce daně, zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

10. Žalovaný nesouhlasí se žalobou, napadené rozhodnutí považuje za správné a odůvodněné. Věcně setrvává na závěrech obsažených v napadeném rozhodnutí.
11. Žalovaný navrhl, aby zdejší soud žalobu zamítl, a na svém procesním postoji setrval během celého řízení před zdejším soudem.

IV. Posouzení věci

12. Žaloba byla podána včas (§ 72 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).
13. Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodnutí žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.) a bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s. dospěl k závěru, že žaloba je nedůvodná.
14. Podle § 4 odst. 1 zákona o loteriích loterie a jiné podobné hry mohou být provozovány pouze na základě povolení vydaného příslušným orgánem. Provozuje-li loterie a jiné podobné hry stát, jedná jeho jménem ministerstvo nebo jím pověřená státní organizace.
15. Podle § 4 odst. 3 zákona o loteriích provozováním loterií a jiných podobných her se rozumí činnost směřující k uvedení loterií a jiných podobných her do provozu, včetně

zprostředkovatelských, organizačních, finančních, technických a dalších služeb souvisejících se zajištěním provozu těchto her a jejich řádné ukončení a vyúčtování. Provozováním loterií se také rozumí vykonávání všech dalších činností, které provozovateli ukládají jiné právní předpisy.

16. Podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích pokutu do výše 10 000 000 Kč uloží příslušný finanční úřad uvedený v § 46 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích 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 zákona o loteriích.
17. Ze správního spisu vyplynulo, že žalobce měl v užívání nebytové prostory v Brně, Ostravě a Českých Budějovicích, jejichž části na základě smluv o nájmu pronajal společnosti GLETRAN s.r.o. Podle smluv o nájmu byla účelem pronájmu podnikatelská činnost GLETRAN s.r.o. dle předmětu její činnosti prostřednictvím internetových zařízení. Nájemné bylo stanoveno ve výši 35 % výnosu ze všech internetových zařízení, kdy výnosem se rozumí částka odpovídající rozdílu mezi celkovou cenou, kterou účastníci prostřednictvím internetových zařízení umístěných v daném kalendářním měsíci v dotčených prostorách za účast v soutěži zaplatili, a odměnami, které byly za úspěšnou účast v soutěži prostřednictvím dotčených internetových zařízení v daném kalendářním měsíci předány. Podle smluv o nájmu je pronajímatel povinen zajistit řádný technický stav pevných elektrorozvodů v předmětu nájmu, dodržování čistoty v pronajatých prostorách, běžnou zevní údržbu internetových zařízení, plnění předpisů z oblasti požární ochrany a ochrany životního prostředí. Jak uvedl zástupce žalobce při ústním jednání se správcem daně dne 25.5.2016 (protokol č.j. 105312/16/4300-00805-050610), technická zařízení umístila, zapojila a instalovala GLETRAN s.r.o. Žalobce prováděl evidenci výplat výher, hradil náklady na elektrickou energii a připojení k internetu. Pověřené osoby jako zaměstnanci žalobce měly klíče od technických zařízení, měly přístup k počítačům vyplacených odměn, vyplácely případné výhry hráčům, obstarávaly výběr finanční hotovosti z technických zařízení. Servis si zajišťovala GLETRAN s.r.o. Žádný ze subjektů podílejících se na provozování předmětných her nedisponoval platným povolením.
18. Pokud jde o otázku, zda lze hru na provozovaných „vědomostních“ zařízeních považovat za loterii (či jinou podobnou hru) ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích, tak s tou se podle zdejšího soudu správní orgány přezkoumatelným způsobem vypořádaly.
19. Podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích se loterií nebo jinou podobnou hrou rozumí hra, již 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. Nezáleží přitom na tom, provádí-li se hra pomocí mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení.
20. Z citovaného ustanovení lze tedy dovodit základní definiční znaky loterie a jiné podobné hry, kterými jsou: prvek dobrovolnosti a vkladu, prvek náhody a prvek výhry nebo prohry (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 17.10.2018, č.j. 1 As 136/2018-32, či ze dne 22.11.2018, č.j. 1 As 207/2018-32, rovněž bod 49 rozhodnutí žalovaného).

21. Pokud jde o uvedenou spornou otázku, ke hře „OTÁZKOVÁ SOUTĚŽ“ správce daně dovodil, že přestože u ní není přítomno grafické rozhraní v podobě tzv. „válcových her“, je zde přítomna okolnost, kterou nemůže sázející ovlivnit; při opakovaných hrách jsou nabízeny různé hodnoty dílčí prohry, resp. dílčí výhry, bez možnosti přímé ovlivnitelnosti sázejícím. Po stisku tlačítka „OTÁZKA“ je z kreditu odečtena výše sázky, která je volitelná (od 5 Kč do výše vkladu), a bez dalšího grafického doprovodného jevu je zobrazena otázka, které je poté přidělena hodnota v různé hráči předem neznámé výši, na kterou je možné odpovědět „ANO“ či „NE“. Při správné odpovědi se příslušná hodnota výhry či prohry (minimálně 1 Kč) přičte do kreditu, v případě nesprávné odpovědi je do kreditu přičteno 0 Kč, zbývajícím kredit je možné vyplatit.
22. Obdobně v případě hry „OTÁZKOVÁ SOUTĚŽ S VIZUALIZACÍ“ lze podle správce daně dosáhnout dílčí výhry (správné zodpovězení otázky) v částce nižší než je vklad, a takovou částku nelze považovat za výhru, neboť ve skutečnosti dojde ke ztrátě finančních prostředků. Při opakovaných hrách se zobrazují různé grafické kombinace na válcových hrách s různou hodnotou pro následující otázku, tedy hodnotou dílčí výhry či dílčí prohry. Mezi způsobem zahájení hry sázejícím, tj. stiskem tlačítka „OTÁZKA“, a následným vyobrazením „výherních“ symbolů na válcových hrách není přímá souvislost z pohledu jakékoliv ovlivnitelnosti ze strany sázejícího. Tato okolnost je z pohledu sázejícího objektivně takového druhu, který nelze ovlivnit, jelikož i v případě předem nastavené matematické rovnice (algoritmu) určujícího hodnotu dílčí výhry či dílčí prohry sázející neví, v jaké její části se nachází a proč je mu vygenerována ta či ona hodnota.
23. Podle správce daně je možné tyto dva druhy her střídat, přičemž na jednotlivé otázky není nutné odpovědět hned, ale je možné pokračovat ve hře i pouze za vizualizace válcových her, kdy otázky jsou automaticky přesouvány do tzv. „banky otázek“. Následně je možné všechny otázky směnit za otázku jedinou, na kterou lze odpovědět stisknutím tlačítka „ANO“ či „NE“, a to i za pomoci nápovědy, která je vždy správně. Ke směně za jedinou otázku dochází i v případě, že jsou otázky odkládány a je plně vyčerpán kredit; poté má hráč možnost při správném výběru jedné z deseti možností získat výhru, která se rovná součtu hodnot otázek (potenciálních výher) z jednotlivých odkládaných her.
24. Podle správce daně v případě pokládání otázek existuje objektivně správná odpověď a tuto část procesu tedy sázející může ovlivnit, když jeho odpověď záleží pouze na jeho znalostech. Nicméně proces přidělení hodnoty otázkám je náhodný, přičemž míra náhody zaujímá významnou roli, neboť vědomosti sázejícího mají ve většině případů vliv pouze na výši prohry s tím, že i při správně zodpovězené otázce je hodnota výhry nižší než původní vklad.
25. Dále správce daně upozornil na skutečnost, že hráč má možnost v průběhu hraní nahlédnout do vyobrazení výsledné herní kombinace s číselným označením následující otázky a odpovídající cenou za správnou odpověď, a to prostřednictvím tlačítka „INFO“. Po náhledu na číselné označení otázky a hodnotu otázky již výši sázky nelze měnit, jedná se tedy o provedení vkladu před samotným náhledem, neboť lze pouze hrát za předem stanovenou výši sázky (a odehrát hru) nebo soutěž ukončit (a hru neodehrát). Podle správce daně se nejedná o okolnost podstatnou pro právní posouzení věci, neboť jednak hráč není povinen touto fází v rámci hry projít (a je tak nutno počítat s možností, že někteří hráči tlačítko „INFO“ vůbec nepoužijí a informace o ceně, hodnotě a pořadí následující otázky se jim tak nezobrazí), ale především ani použití tohoto tlačítka není

způsobil eliminovat náhodu, protože informace, která je hráči zpřístupněna po stisku tohoto tlačítka, neobsahuje znění otázky (a to dokonce ani obor, ze kterého otázka je); hráč by tedy musel teoreticky odehrát nejméně dva celé cykly hry obsahující všechny dostupné otázky tak, aby ověřil, že se příslušné číslo otázky vztahuje pokaždé ke stejné otázce, a teprve tímto krokem by byl schopen eliminovat pro něj předem neznámou okolnost v okamžiku po uzavření sázky. K tomuto kroku by však hráč musel znát počet dostupných otázek. Podle správce daně pokud by byl hráči dostupný seznam všech otázek včetně jejich znění a provozovatel by zároveň věrohodným způsobem garantoval neměnnost jejich pořadí, bylo by možné souhlasit s tím, že o výhře rozhoduje výhradně znalost soutěžícího, nicméně v tomto případě jsou otázky do hry implementovány způsobem, který z pohledu hráče jednoznačně představuje předem neznámou okolnost, kterou člověk běžných schopností není způsobilý žádným výkonnostním způsobem eliminovat.

26. Žalovaný v napadeném rozhodnutí v bodech 52 až 53 shrnul, že v daném případě byly kumulativně zastoupeny všechny základní prvky charakterizující loterie a jiné podobné hry, což je podle žalovaného patrné především u hry „OTÁZKOVÁ SOUTĚŽ S VIZUALIZACÍ“, kdy se jedná vizuálně o obdobu výherních hracích přístrojů či interaktivního loterijního systému, přičemž v rámci této hry je nabízeno 16 typů tzv. „válcových her“, a kromě vkladu a výhry je zde přítomna též náhoda; tu žalovaný shledal v tom, že výše výhry prezentovaná hodnotou následující otázky je zcela závislá na náhodně generovaném procesu a cena v nejnižší hodnotě 5 Kč je sázkou, kterou musí účastník hry zaplatit, pokud hodlá válců roztočit. V daném případě je výhrou cena hodnoty otázky stanovená v závislosti na náhodně generovaných pozicích symbolů v rámci válcové hry. Po roztočení válců je možné dosáhnout jak výhry mnohonásobně vyšší než činila sázka, tak i nižší (vždy alespoň 1 Kč), která je ve skutečnosti prohrou z důvodu minimální sázky v hodnotě 5 Kč. V případě nesprávné odpovědi je do výsledného kreditu připočteno 0 Kč. Účastník hry je ke hře motivován předem neznámou okolností, kterou je výše hodnoty otázky stanovená na základě náhody či předem neznámé okolnosti (liniové postavení symbolů na válcích po roztočení válců).
27. Podle žalovaného zákon o loteriích nevymezuje, jaké procento náhody musí být ve hře zastoupeno, aby ještě šlo o loterii nebo jinou podobnou hru, a není tak stanoveno, zda se má míra náhody vyskytovat v převažující nebo podstatné míře. Podle žalovaného v projednávaném případě o výhře či prohře rozhoduje náhoda ve zcela nezanedbatelné míře, neboť nebýt požadovaného a zároveň náhodně generovaného postavení symbolů na válcích, nebylo by dosažení výhry reálné. Podle zdejšího soudu žalovaný v bodu 54 napadeného rozhodnutí správně uzavřel, že i v případě kombinace náhodného a nenáhodného principu uplatněného v jakémkoli technickém zařízení je podmínka náhody splněna. Žalovaný neshledává prvek náhody pouze u takových her, kdy účastníci těchto her mají celý průběh a výsledek hry zcela „ve svých rukou“ (šachy, piškvorky, apod.)
28. Žalobce v této souvislosti namítal, že v případě kontrolovaných zařízení nezáleží na náhodě, nýbrž na vědomostech, a to z důvodu možnosti odpovědět na tzv. otázku poslední záchrany.
29. Žalovaný se na základě kontrolních zjištění zdokumentovaných ve správním spisu možností tzv. otázky poslední záchrany zabýval v bodech 60 až 64 napadeného rozhodnutí a dospěl k závěru, že mechanismus tzv. otázky poslední záchrany je mechanismem

založeným převážně na náhodě, nikoli na vědomostech hráčů, a to s velmi nízkou pravděpodobností na úspěch. Jedná se de facto o tipovací soutěž, jelikož hráči správnou odpověď pouze tipují, jedná se o náročné otázky z mnoha oblastí s velmi krátkým časovým limitem (10 vteřin) pro odpověď z deseti možností. Podle žalovaného v tak krátkém časovém intervalu není hráči dán dostatečný prostor pro přečtení otázky a zároveň všech 10 odpovědí, aby se mohl pro správnou odpověď vůbec rozhodnout. Jednalo se kupř. o otázku „Kolik minut přesně trvá film s názvem Zúčtování v zóně 51“? Otázka poslední záchrany se zobrazí jen a pouze v případě, kdy již není možné ve hře pokračovat, a to z důvodu nulového či nedostatečného kreditu pro další účast v soutěži. Podle žalovaného je dále uvedený herní mechanismus založen na tom, že láká hráče, aby své prostředky prohráli v plné nebo téměř plné výši, jelikož teprve pak budou mít možnost prostředky získat zpět, navýšené o 5%. Podle žalovaného tak mechanismus tzv. otázky poslední záchrany představuje zjevné obcházení zákona o loteriích.

30. Podle zdejšího soudu výše uvedené argumenty představují dostatečnou odpověď na námitky žalobce. Žalobci s ohledem na zjištěné skutečnosti nelze přisvědčit, že provozovaná „vědomostní“ zařízení nebyla loterií ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích. K hernímu zařízení srovnatelného typu se přiléhavě vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve své judikatuře: *„...nastavení herního mechanismu „otázky poslední záchrany“ láká hráče k utracení všech vložených prostředků, neboť pouze za této situace se jim s jistotou otevírá šance na jejich vrácení v plné míře, navíc navýšené o 5 %. Zjistí-li hráč, že v první (základní) hře valnou část vložených prostředků již prohrál (z 500 Kč mu zbývá např. 300 Kč), bude pro něj zjevně lákavější prohrát vše a pokusit se o získání všech prostředků navýšených o 5 % zpět (tedy 525 Kč), než si nechat vyplátit zbývající část vložených prostředků (300 Kč). Tím jsou hráči podněcováni ke ztrátě většího množství finančních prostředků, neboť namísto původní nižší ztráty (v uváděném příkladu ve výši 200 Kč), může hráč, vedený vidinou „otázky poslední záchrany“, přijít o veškeré vložené prostředky... Hráč sice může dohlédnout na hodnotu nejbližší následující otázky, nikoli však na hodnoty další – tím je motivován ke zkoušení dalších a dalších otázek, u kterých se může dočkat vyššího ohodnocení při jejich správném zodpovězení. Uvedená skutečnost však současně nevylučuje závěr žalovaného, že „otázka poslední záchrany“ láká k utracení všech vložených prostředků, neboť se tím otevírá šance na jejich vrácení v plné míře. Obě stěžovateli posuzované motivace se vzájemně nepopírají a naopak spíše doplňují, a to zejména za shora popsané situace, kdy hráč v rámci prvního herního mechanismu nevyhrává... závěr o „tipovací“, nikoli vědomostní povaze „otázky poslední záchrany“ byl založen na celkovém posouzení konceptu tohoto herního mechanismu a všech okolností, které ho provázejí. Jak soud shrnul výše, stěžovatel v odůvodnění rozhodnutí vyšel z toho, že odpověď na položenou otázku s nabídkou celkem 10 odpovědí bez možnosti nápovědy je nutno učinit v časovém limitu 10 sekund. Stěžovatel vyšel z tvrzení žalobkyně, že pokládané otázky „nejsou triviální“. Kombinace otázky této náročnosti (nikoli triviální) s možností výběru z 10 odpovědí a krátkým časovým limitem je dle stěžovatele mechanismem založeným převážně na náhodě, nikoli na vědomostech hráčů...Soud se proto ztotožňuje se stěžovatelem, že ani posouzení většího vzorku otázek včetně nabízených odpovědí by nemohlo ovlivnit závěr o převážně tipovacím charakteru „otázky poslední záchrany“ (tedy o jejím založení na principu náhody, nikoli vědomostí). Celkový koncept „otázky poslední záchrany“, zejména vzhledem ke stanovenému časovému limitu, množství nabízených možností odpovědí a nemožnosti nápovědy, svědčí i bez ohledu na obtížnost pokládaných otázek o tom, že hráči budou správnou odpověď v zásadě tipovat, nikoli tedy vybírat na základě svých znalostí... Nejvyšší správní soud nepopírá, že v „otázce*

poslední záchrany“ se může do jisté míry projevovat vědomostní charakter. Současně je v něm však, s ohledem na shora popsané skutečnosti, v míře větší než nezanedbatelné přítomen též prvek náhody nutný pro podřazení těchto technických zařízení pod pojem loterie dle § 1 odst. 2 zákona o loteriích (srov. rozsudek ze dne 21. 8. 2014, č. j. 9 AfS 150/2013 – 79, č. 3132/2014 Sb. NSS).“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.4.2020, č.j. 1 As 429/2019-22). S ohledem na uvedené nemůže být žalobce úspěšný s obtížně uchopitelnou argumentací, že výklad správních orgánů je nesprávný mimo jiné i proto, že „jediným známým pramenem jejich stanoviska je vyjádření Ing. A. B.“. Bez ohledu na jakékoli vyjádření Ing. A. B. či stanovisko Ministerstva financí je z odůvodnění správních rozhodnutí zřejmé, že správní orgány vyčerpávajícím způsobem vysvětlily, jaké parametry kontrolovaných zařízení je vedou k závěru, že se v daném případě jedná o loterijní zařízení ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích. Pokud jde o odkaz žalobce na povahu synallagmatických závazkových vztahů a pojištění, tak zdejší soud v něm nespatřuje žádnou souvislost s povahou posuzovaných zařízení a ani žádnou relevantní právní argumentaci, jež by mohla závěry správních orgánů vyvrátit.

31. Pokud jde o dále otázku, zda lze činnost samotného žalobce považovat za provozování (loterie či jiné podobné hry), tak i s tou se podle zdejšího soudu správní orgány dostatečně a správně vypořádaly.
32. Jak uvedl správce daně, činnost žalobce byla soustavná a v rozhodném období se vyznačovala takovými jednáními, bez nichž by samotný provoz technických zařízení jen v režii třetího subjektu nebyl možný; nejednalo se pouze o pronájem prostor bez dalšího, uzavřením smluv o nájmu se jednalo o právní zastření skutečného stavu, neboť žalobce nad rámec prostého pronájmu prostor zajišťoval služby uvedené v § 4 odst. 3 zákona o loteriích. Mezi tyto služby patří například umístění uvedených technických zařízení do provozoven, zajišťování jejich běžné údržby, výplaty výher účastníkům soutěže prostřednictvím zaměstnanců žalobce, výběr finančních prostředků z technických zařízení, zajišťování přívodu elektrické energie a připojení k internetové síti a konečně i přímé podílení se na výnosu, v čemž lze spatřovat motivaci žalobce k jeho maximalizaci. Proto podle prvostupňového orgánu nelze souhlasit s tvrzením žalobce, že jeho činnosti spočívaly toliko v pouhém pronájmu prostor, zajištění elektrické energie a přístupu k internetu. Žalobce musel vědět, jaké konkrétní aktivity v pronajatých prostorech provozoval nájemce, a byl na hospodářském výsledku nájemce také významně zainteresován.
33. Jak shrnul žalovaný v bodu 38 napadeného rozhodnutí, a to mj. s odkazem na argumentaci správce daně, ze správního spisu vyplývá, že žalobce nad rámec nájmu prostor provozoven zajišťoval i další služby spočívající v zajišťování běžné údržby zařízení, ve výplatě výher účastníkům soutěže prostřednictvím svých zaměstnanců či v zajišťování připojení zařízení do elektrické sítě. Podle žalovaného se jedná o činnosti směřující k uvedení loterií a jiných podobných her do provozu, včetně zprostředkovatelských, organizačních, finančních, technických a dalších služeb souvisejících se zajištěním provozu těchto her; jedná se tak o provozování loterií a jiných podobných her ve smyslu § 4 odst. 3 zákona o loteriích. Současně žalovaný akcentoval, že se žalobce podílel na výnosu z technických zařízení, kdy nájemné bylo sjednáno ve výši 35 % z celkového výnosu. Podle žalovaného jednání žalobce nelze označit za marginální účast na provozu předmětných zařízení. S tím zdejší soud souhlasí.

34. Pokud jde o žalobní námitky směřující proti tomuto výkladu zastávanému správními orgány, které výše uvedenou činnost žalobce kvalifikovaly jako provozování loterie, tak k tomu zdejší soud odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22.11.2018, č.j. 1 As 207/2018-32, který se týkal skutkově obdobné věci. Nejvyšší správní soud zde k otázce, zda činnost pronajímatele bylo možné považovat za provozování loterie ve smyslu § 4 odst. 3 zákona o loteriích, dovodil, že „... že stěžovatelčino jednání nepochybně naplňovalo znaky provozování loterie ve smyslu § 4 odst. 3 zákona o loteriích. Stěžovatelka vědomě a aktivně vytvářela podmínky pro to, aby technická zařízení mohla být umístěna a provozována v jejích provozovnách, zajišťovala zevní údržbu technických zařízení a její zaměstnanci prováděli výplatu výher a vybírání finančních prostředků ze zařízení. Podstatné pak je, že stěžovatelka měla též přímý finanční zájem na řádném a efektivním provozu technických zařízení, neboť nájemné bylo stanoveno jako procento z výnosu ze zařízení. Soud tedy nemá pochyb o tom, že stěžovatelka vykonávala služby související se zajištěním provozu technických zařízení. Bez stěžovatelčina aktivního jednání by nebylo fungování technických zařízení vůbec možné...skutková podstata správního deliktu dle § 48 odst. 1 písm. c) nepracuje s pojmem provozovatel (tedy není zúžena pouze na osoby, které disponují oprávněním, resp. mají disponovat oprávněním), ale pracuje s širším pojmem „provozování“. Byť mají oba termíny stejný slovní základ, provozovatel je zákonem definován jako osoba disponující povolením, zatímco provozování zákon vymezuje širěji, nezávisle na získaném povolení (srov. § 4 odst. 3 zákona o loteriích). Výklad zastávaný stěžovatelkou, že za daný správní delikt je možno postihnout pouze provozovatele v „právním smyslu“, tedy osobu, která disponuje povolením, by ve svém důsledku vedl ke zcela absurdnímu závěru, že v případě, kdy potřebné povolení nebude mít nikdo, nebude možno nikoho za provozování nepovolených loterií potrestat, neboť zde neexistuje provozovatel ve smyslu § 1 odst. 7 zákona o loteriích...každý, a je lhotejně, zda půjde o vlastníka technických zařízení, osobu, která bude mít zařízení v nájmu, či jakoukoli třetí osobu, kdo svým jednáním naplní znaky provozování či organizování loterie dle § 4 odst. 3 zákona o loteriích, aniž by šlo o povolené loterie, dopustí se jednání naplňujícího skutkovou podstatu správního deliktu podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích. Z hlediska naplnění této skutkové podstaty tedy není podstatné, kdo měl povinnost obstarat povolení k provozování loterie. Krajský soud ani správní orgány proto nepochybily, pokud dospěly k závěru, že stěžovatelka technická zařízení provozovala.“
35. Obdobně lze poukázat na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 4.4.2019, č.j. 1 As 74/2018-40, které podle zdejšího soudu plně dopadají i nyní posuzovanou věc. Podle Nejvyššího správního soudu „...skutková podstata správního deliktu podle § 48 odst. 1 písm. c) nepracuje s pojmem provozovatel (tedy není zúžena pouze na osoby, které disponují oprávněním, resp. mají disponovat oprávněním), ale pracuje s širším pojmem „provozování“. Byť mají oba termíny stejný slovní základ, provozovatel je zákonem definován jako osoba disponující povolením, zatímco provozování zákon vymezuje širěji, nezávisle na získaném povolení (srov. § 4 odst. 3 zákona o loteriích). Nejvyšší správní soud proto již v rozsudku ze dne 22. 11. 2018, č.j. 1 As 207/2018 - 32, dospěl k závěru, že každý, kdo svým jednáním naplní znaky provozování či organizování loterie podle § 4 odst. 3 zákona o loteriích (lhotejně, zda jde o vlastníka technických zařízení, osobu, která bude mít zařízení v nájmu, či jakoukoli třetí osobu), aniž by šlo o povolené loterie, dopustí se jednání naplňujícího skutkovou podstatu správního deliktu provozování či organizování nepovolené loterie nebo jiné podobné hry podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích. Z hlediska naplnění této skutkové podstaty není podstatné, kdo měl povinnost obstarat povolení k provozování loterie. Stejně tak není podstatné

prokázat úmysl provozovat loterii, ale rozhodná je povaha činností, které naplňují znaky provozování ve smyslu § 4 odst. 3 zákona o loteriích. Rozlišování osoby odpovědné za provozování povolené loterie a osoby odpovědné za provozování nepovolené loterie, není v rozporu s právem na spravedlivý proces ani presumpcí nevinu, ale vyplývá z právě uvedeného vymezení skutkové podstaty, která je navázána na faktickou činnost, nikoliv existenci povolení.“

36. Podle zdejšího soudu závěry výše citované judikatury vyvracejí argumenty žalobce. Nezáleží na tom, zda činnost, kterou se žalobce podílel na provozu předmětných zařízení, vykonával jménem a na účet GLETRAN s.r.o. Činnost žalobce je ve světle výše citované judikatury nepochybně třeba považovat za „provozování“ technických herních zařízení; žalobce vědomě a aktivně vytvářel podmínky pro to, aby zařízení mohla být umístěna a provozována v jeho provozovně, jeho zaměstnanci prováděli výplatu výher z finančních prostředků společnosti GLETRAN s.r.o. Žalobce měl též přímý finanční zájem na provozu předmětných zařízení, neboť nájemné bylo stanoveno jako procento z výnosu z těchto zařízení. Žalobce tudíž vykonával služby související se zajištěním provozu technických zařízení.
37. Pokud žalobce namítá, že postupoval v souladu s legitimním očekáváním, neboť po dobu účinnosti loterijního zákona se ustálila praxe, že pokud provozovatel loterie, který získá povolení, vykonává svoji činnost částečně za pomoci pronajímatele prostor nebo osoby, která v těchto prostorech provozuje svoji hostinskou činnost, tak takový provozovatel provozuje loterii za pomoci třetích osob, v jejichž případě se jedná o pouhou legální pomoc provozovateli, tak předně takto popsaná situace, jak plyne z výše shrnutých skutkových zjištění, nebyl případ žalobce a společnosti GLETRAN s.r.o. Z ničeho nevyplývá, že by existovala jednotná, ustálená a dlouhodobá správní praxe v podobě nečinnosti a tolerance jednání, kterého se v dané věci dopustil žalobce. Proto nelze dovodit, že by na straně žalobce mohlo být s odkazem na takovou správní praxi založeno legitimní očekávání v tom smyslu, že by jednání žalobce bylo možné považovat za souladné se zákonem. Dokonce i v případě, pokud by správní orgány dříve správní řízení o správních deliktech provozovatelů nepovolených loterií nezahajovaly a nevedly, nebylo by z toho ještě možné dovozovat správní praxi, od které se nelze odchýlit (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12.4.2018, č.j. 6 As 413/2017-39).
38. S ohledem na zjištěné skutečnosti nelze souhlasit se žalobcem v tom, že se ze strany správních orgánů jedná o netypický a účelový postup, který nemá oporu v zákoně o loteriích a je v rozporu se zásadami činnosti správních orgánů.
39. Pokud žalobce namítá, že správní orgány úmyslně postihly žalobce a nikoli jim známého provozovatele, tak zdejší soud již výše vysvětlil, proč je třeba činnost žalobce kvalifikovat jako provozování her. Z hlediska odpovědnosti samotného žalobce není rozhodné, zda správní orgány postihly za provozování loterie či jiné podobné hry bez příslušného povolení i GLETRAN s.r.o. či jiný subjekt; „...správního deliktu podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích se dopustí každý, kdo svým jednáním naplní znaky provozování či organizování loterie nebo jiné podobné hry podle § 4 odst. 3 zákona o loteriích, aniž by šlo o povolenou loterii nebo jinou podobnou hru. Shledání deliktní odpovědnosti stěžovatele se nijak nedotýká případné deliktní odpovědnosti společnosti Vindaron a Gletran. A naopak jejich případná odpovědnost se nedotýká odpovědnosti stěžovatele, a nemůže být proto řešena v tomto řízení. Posouzení viny

a případné uložení sankce v rámci správního trestání má čistě veřejnoprávní povahu a odehrává se výlučně ve vztahu státu a obviněného. Třetí osoba (ať již jiný obviněný, poškozený nebo jiná osoba) nemá subjektivní právo domáhat se zahájení řízení o správním deliktu s jiným subjektem nebo požadovat uznání jeho viny ...“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4.4.2019, č.j. 1 As 74/2018-40).

40. Protože žalobce fakticky předmětná zařízení provozoval, bylo jeho odpovědností si ověřit, zda se jedná o činnost vyžadující povolení, resp. zda k této činnosti již povolení bylo vydáno, k čemuž v posuzovaném případě nedošlo, neboť žádný „provozovatel v legálním smyslu“ neexistoval. Skutková podstata § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích tak byla naplněna. *„Pokud existuje osoba, která disponuje povolením k provozování loterií, jedná se o „provozovatele v právním smyslu“, jak je definován v § 1 odst. 7 zákona o loteriích. Dílčí činnosti, které vykonává pro provozovatele jiná osoba, jsou pak „kryty“ vydaným povolením, z tohoto důvodu se nejedná o nepovolené provozování loterie danými osobami. Nicméně pokud taková osoba vykonává běžné činnosti nezbytné pro řádný provoz loterijních přístrojů a plnění, které poskytuje, nemá pouze pasivní povahu typickou pro nájem, lze i takovou osobu vnímat jako „provozovatele v ekonomickém smyslu“ (viz např. rozsudky ze dne 28. 3. 2012, č. j. 1 AfS 22/2012 - 53, č. 2629/2012 Sb. NSS, a ze dne 20. 2. 2015, č. j. 5 AfS 13/2013 - 30). Naopak, pokud zde není žádná osoba, která by disponovala oprávněním k provozování loterie nebo jiné podobné hry vydaným ministerstvem, je za provozování loterie nebo jiné podobné hry odpovědný každý, kdo vykonává činnosti uvedené v § 4 odst. 3 zákona o loteriích. Výklad zastávaný stěžovatelem, že za daný správní delikt je možno postihnout pouze provozovatele v „právním smyslu“, tedy osobu, která disponuje povolením, by ve svém důsledku vedl ke zcela absurdnímu závěru, že v případě, kdy potřebné povolení nebude mít nikdo, nebude možno nikoho za provozování nepovolených loterií potrestat, neboť zde neexistuje provozovatel ve smyslu § 1 odst. 7 zákona o loteriích. Takový výklad by umožnil obcházení zákona o loteriích a zcela znemožnil dosažení účelu, který daný zákon sleduje ...“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4.4.2019, č.j. 1 As 74/2018-40, zvýrazněno zdejším soudem).*
41. Pokud jde o tu argumentaci žalobce obsaženou v replice, v níž nesouhlasí se závěrem žalovaného, že doplněním hry o mechanismus tzv. otázky poslední záchrany dochází k obcházení zákona o loteriích, tak podle zdejšího soudu je podstatné, že žalovaný správně vyhodnotil převažující přítomnost prvku náhody v rámci tohoto mechanismu (viz výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.4.2020, č.j. 1 As 429/2019-22). Úvaha žalovaného o „obcházení zákona o loteriích“ se však nikterak k tíži žalobce nepromítla, neboť správcem daně mu byla uložena pokuta ve výši 125 000 Kč, i když horní hranice zákonem stanovené sazby činí 10 000 000 Kč, a předmětná úvaha, pokud jde o zdůvodnění míry závažnosti protiprávního jednání žalobce, v něm abscentuje.
42. Zdejší soud s ohledem na výše uvedené neshledal žalobu důvodnou a nad rámec uplatněných žalobních bodů nezjistil žádnou vadu, jež by mohla mít za následek nezákonnost žalobou napadeného rozhodnutí, k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti, proto žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

43. O nákladech řízení zdejší soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný,

a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení; to by náleželo procesně úspěšnému účastníkovi, kterým byl žalovaný. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému vznikly náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, a proto rozhodl, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 6. dubna 2021

Petr Šebek v.r.
předseda senátu