



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Barbary Pořízkové a JUDr. Pavla Molka a v právní věci žalobce: **L. P.**, zast. JUDr. Petrem Svatošem, advokátem se sídlem Sadová 1585/7, Ostrava, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 1. 2017, č. j. 3894/17/5000-10610-711361, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě – pobočky v Olomouci ze dne 20. 4. 2021, č. j. 65 Af 33/2020 - 103,

t a k t o :

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalovaný rozhodnutím uvedeným v záhlaví zamítl odvolání žalobce a potvrdil rozhodnutí Specializovaného finančního úřadu (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 13. 10. 2016, č. j. 219244/16/4300-00805-050610, kterým byla žalobci uložena povinnost uhradit výnos podle § 48 odst. 7 zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o loteriích“), ve výši 1 227 854 Kč. Žalobce se dopustil porušení § 4 odst. 1 zákona o loteriích, neboť v období nejméně od 10. 7. 2014 do 30. 11. 2015 v provozovně „Herna New York“ na adrese Masarykovo náměstí 60, Kojetín, provozoval nebo organizoval loterii nebo jinou podobnou hru prostřednictvím osmi kusů technických zařízení označených jako „VĚDOMOSTNÍ SOUTĚŽ“ bez platného povolení Ministerstva financí.

[2] Proti rozhodnutí žalovaného podal žalobce žalobu ke Krajskému soudu v Ostravě - pobočce v Olomouci (dále jen „krajský soud“), který ji zamítl v záhlaví uvedeným rozsudkem. Mezi účastníky řízení bylo sporné, zdali zařízení označené jako „VĚDOMOSTNÍ SOUTĚŽ“, resp. hry na něm provozované, naplňují znaky loterie nebo jiné podobné hry, zejména, zdali je v průběhu hry přítomný prvek náhody či jiné předem neznámé okolnosti, který rozhoduje o výhře či prohře. Jelikož žalobce nezpochybnil

skutková zjištění správních orgánů ohledně průběhu hry, krajský soud se jimi blíže nezabýval. Stejně je, že se v rámci hry na technickém zařízení po jednotlivé sázce, která činí nejméně 5 Kč, objeví otázka s konkrétní hodnotou, která může být větší nebo menší než vsazená částka. Po správném zodpovězení otázky se částka odpovídající hodnotě otázky přičte do kreditu. Před vsazením na další otázku má hráč možnost náhledu na hodnotu další otázky a v tomto okamžiku může hru ukončit. Jednotlivé otázky je možné uložit do banky otázek a následně je směnit za otázku jedinou. Na základě těchto zjištění krajský soud dospěl k závěru, že hry provozované na daných zařízeních zcela odpovídají hrám, které již byly z hlediska přítomnosti prvku náhody posouzeny Nejvyšším správním soudem např. v rozsudku ze dne 17. 10. 2018, č. j. 1 As 136/2018 - 32. Podle něj je podstatné, že i přes správnou odpověď na položenou otázku může dojít k prohře, jelikož hodnota otázky může být nižší než sázka na tuto otázku. Na tom nic nemění ani skutečnost, že hráč může před učiněním sázky na jednotlivou otázku dopředu zjistit její hodnotu a hru případně ukončit. Možnost takového postupu totiž nic nemění na tom, že hodnota je otázce přidělována zcela náhodně bez možnosti ovlivnění procesu přidělení hodnoty. Závěr z výše uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu je aplikovatelný na projednávanou věc, jelikož skutkové okolnosti jsou totožné jako v tehdejší případě. Ani ostatní znaky loterií nebo jiných podobných her, jako je dobrovolnost, vklad a výhra, nebyly sporné, takže krajský soud uzavřel, že dotčená zařízení znaky loterie nebo jiné podobné hry naplňují.

[3] Co se týče námitky ohledně neprovedení žalobcových důkazních návrhů, žalovaný jimi nebyl dle § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), vázán a mohl rozhodnout, že je neprovede. K inspekční zprávě č. 303894-01/01 Elektrotechnického zkušebního ústavu (dále jen „inspekční zpráva EZÚ“) žalovaný v rozhodnutí ve věci pokuty (rozhodnutí týkající se téhož žalobce ze dne 1. 7. 2016, č. j. 30369/16/5000-10610-711361, dále též označováno jako „rozhodnutí ve věci pokuty“ nebo „rozhodnutí o uložení pokuty“ - pozn. Nejvyššího správního soudu) uvedl, že zmíněný ústav neposuzoval zařízení provozující vědomostní soutěž komplexně, a proto nevydal příslušný certifikát. Dále odkázal na vyjádření tohoto ústavu ze dne 21. 7. 2014, ve kterém se distancoval od interpretace svého předchozího stanoviska provozovateli hazardních her. K osvědčení vydanému společností VERDEX Sp. z. o. o. žalovaný uvedl, že nebylo předloženo v českém jazyce a žalobce jím chtěl prokázat, že se výše zmíněná inspekční zpráva vztahuje též na zařízení, která byla umístěna v dotčené provozovně. Žalovaný shledal tento důkaz bezpředmětným, jelikož z inspekční zprávy EZÚ nevyplývá závěr o tom, že dané zařízení nepodléhá zákonu o loteriích. K technickým expertízám ze dne 19. 6. 2013 a ze dne 23. 7. 2013 uvedl, že se vztahují k polským právním předpisům, a proto jsou v dané věci nepoužitelné. Žalovaný se tedy s uvedenými důkazními návrhy řádně vypořádal v řízení o pokutě, přičemž krajský soud v úvodu rozsudku zdůvodnil, proč toto vypořádání postačovalo také v případě řízení o výnosu.

[4] K námitce ohledně neprovedení znaleckých posudků krajský soud uvedl, že znalec je třeba ustanovit dle § 56 správního řádu v případě, že rozhodnutí správního orgánu závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají, a zároveň nelze takové posouzení opatřit od jiného správního orgánu. Správní orgán I. stupně je dle § 11 odst. 1 a odst. 2 písm. h) zákona č. 456/2011 Sb., o Finanční správě České republiky, ve znění účinném do 31. 12. 2016, osobně příslušným pro osoby provozující

pokračování

loterii nebo jinou podobnou hru, a to pro účely výkonu dozoru nad těmito hrami. Lze tedy předpokládat, že pro výkon své působnosti disponuje odborným aparátem, který je schopen určit hru z hlediska přítomnosti prvků loterie nebo jiné podobné hry. Úkolem správních orgánů bylo posoudit, jak se technická zařízení projevují „navenek“, tedy jakým způsobem hra probíhá a zda je v ní přítomen prvek náhody. Je proto podružné, jakým *softwarem* jsou technická zařízení vybavena a jak tento *software* funguje. Pro posouzení přítomnosti prvku náhody je rozhodující, jaký je průběh hry z pohledu účastníka, tedy zda je při hraní přítomna nějaká jemu neznámá okolnost, kterou nemůže ovlivnit a která má vliv na výhru nebo prohru. Žalovaný proto nepochybil, když odmítl zadat znalecký posudek ohledně fungování zařízení za účelem posouzení přítomnosti prvku náhody. Krajský soud souhlasil se žalobcem, že pokud žalovaný nepřijal znalecký posudek inž. Z. S. ze dne 1. 10. 2015 jako znalecký posudek dle českého práva, měl se jím zabývat jako listinným důkazem. Nicméně tato vada nemá vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, jelikož pro posouzení přítomnosti prvku náhody není nutné znalecké zkoumání.

[5] Žalobce dále namítal, že daná zařízení neprovozoval. V rozsudku ze dne 22. 11. 2018, č. j. 1 As 207/2018 - 32, č. 3855/2019 Sb. NSS, však Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že každý, kdo svým jednáním naplní znaky provozování či organizování loterie dle § 4 odst. 3 zákona o loteriích bez ohledu na to, zda jde o vlastníka technických zařízení, aniž by šlo o povolené loterie, se dopustí správního deliktu provozování či organizování nepovolené loterie dle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích. Není proto podstatné, kdo měl povinnost obstarat povolení k provozování loterie. Daná skutková podstata nepracuje s pojmem provozovatel, ale s pojmem provozování, které zákon vymezuje širěji a nezávisle na získaném povolení. S tím úzce souvisí také posouzení povinnosti odvést výnos z této činnosti. Správní orgán I. stupně zjistil, že se žalobce zavázal přenechat část svých provozoven jednotlivým společnostem za účelem provozování jejich zařízení. Nájemci mu byli na základě jednotlivých smluv povinni platit platby označené jako nájemné, které bylo určeno konkrétním podílem na výnosu z jednotlivých zařízení. Žalobce se zavázal provádět zevní údržbu jednotlivých zařízení a jeho zaměstnankyně prováděly výplatu výher hráčům a vybíraly peníze z jednotlivých zařízení. Na základě těchto zjištění správní orgány dospěly k závěru, že žalobce daná zařízení provozoval. Dle krajského soudu vědomě a aktivně vytvářel podmínky pro to, aby technická zařízení mohla být umístěna a provozována v jeho provozovně, a zajišťoval zevní údržbu technických zařízení. Měl též přímý finanční zájem na jejich řádném a efektivním provozu, neboť nájemné bylo stanoveno jako procento z výnosu jednotlivých zařízení. Krajský soud uzavřel, že v projednávané věci bylo zjevné, že žalobce provozoval loterii nebo jinou podobnou hru bez povolení vydaného Ministerstvem financí a získal z něj neoprávněný výnos.

[6] Žalovaný nepochybil ani při provedení výpočtu výše výnosu. Zákon o loteriích neupravuje způsob výpočtu výnosu ani jej nedefinuje. Správní orgány dospěly k závěru, že za výnos je nutné považovat souhrn peněžních částek, které představují rozdíl mezi vklady přijatými v souvislosti s provozováním nepovolené loterie nebo jiné podobné hry a vyplacenými výhrami. S touto úvahou se krajský soud ztotožnil. Z nájemních smluv uzavřených mezi žalobcem a společnostmi provozujícími předmětná zařízení bylo patrné, jakým poměrem se podílel žalobce na výnosech z jednotlivých zařízení. Z jednotlivých vyúčtování a faktur zjistily, že za období od července 2014 do listopadu 2015 obdržel žalobce výnos v celkové výši 1 227 853 Kč. Správní orgány podle krajského soudu správně

nezohlednily náklady žalobce na zaměstnance a jiné podobné náklady. Výnos z nepovolené loterie totiž nelze zaměňovat se ziskem z podnikání. Na jeho výši nemá vliv ani jeho případné zdanění v minulosti. Jestliže žalobce výnos zdanil, učinil tak nad rámec zákona a tuto otázku by bylo proto nutné řešit v samostatném daňovém řízení ohledně jednotlivých daní a zdaňovacích období.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření ke kasační stížnosti

[7] Žalobce (dále jen „stěžovatel“) napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

[8] Správní orgány si měly vyžádat znalecký posudek k posouzení skutečností, ke kterému je třeba odborných znalostí. Závěr krajského soudu, že úřední osoby správního orgánu I. stupně jsou schopny tyto skutečnosti posoudit samy, je nesprávný a nezákonný. Orgány finanční správy rozhodně nejsou osobami specializovanými na posuzování *hardwaru* a *softwaru* konkrétních technických zařízení. Podobně orgány celní správy posuzující daňové úniky při odvádění spotřební daně neposuzují, z čeho se skládá látka, ze které se má spotřební daň odvádět. Za účelem zjištění chemického složení látky si celní orgán vyžádá chemický rozbor od příslušného subjektu, který je schopen jej provést. Stanovisko Ministerstva financí, o které správní orgány opřely svá rozhodnutí, je obecné a netýká se konkrétních technických zařízení umístěných v provozovně stěžovatele (stěžovatel k tomu podotknul, že správní orgány rozhodnutí nesprávně a nezákonně opřely o údajné prokázání skutkového stavu věci v řízení o uložení pokuty). Stěžovatel nikdy nebyl správními orgány přizván k prohlídce dotčených technických zařízení, na jejímž základě by mohlo být vypracováno nějaké vyjádření. Správní orgány se neseznámily s použitým *softwarem*, který tak nebyl nijak testován. Ustanovení znalce navrhl sám a bylo o to nutnější, jelikož předložil znalecké posudky a další expertízy, které svědčily pro jeho procesní obranu. Správní orgány tak porušily § 56 správního řádu.

[9] Správní orgány nezohlednily posouzení konkrétních technických zařízení předložených stěžovatelem. Nevyvodily žádné závěry z předložených odborných posouzení, znaleckých expertíz a posudků. Správní orgány tak porušily § 3, § 50 odst. 4 a § 51 odst. 1 správního řádu. Námitkou ohledně tohoto pochybení se krajský soud vůbec nezabýval, resp. se jí zabýval jen obecně odkazem na rozhodnutí žalovaného. Napadený rozsudek je proto nepřezkoumatelný. Stěžovatel ve správním řízení navrhl a předložil celou řadu důkazů, které se zabývaly přítomností tzv. prvku náhody při hře na dotčených technických zařízeních. Jedná se nejen o inspekční zprávu EZÚ, ale rovněž osvědčení společnosti VERDEX Sp. z. o. o., znalecký posudek Ing. D., technickou expertízu Výzkumné laboratoře Vyšší odborné školy informatiky a dovedností v Lodži, technickou expertízu institutu elektrotechniky ve Varšavě a znalecký posudek soudního znalce inž. S.. Těmito důkazy se ale krajský soud v podstatě vůbec nezabýval, a jeho rozsudek je i proto nepřezkoumatelný. Z uvedených důkazů vyplývá, že při hře na dotčených technických zařízeních není přítomen prvek náhody. Podle inspekční zprávy EZÚ dané technické zařízení nesplňuje požadavky dle zákona o loteriích, a technická zařízení tudíž nepodléhají regulaci dle zákona o loteriích.

pokračování

[10] Krajský soud též nesprávně zjistil skutkový stav věci a nesprávně ji právně posoudil, a to zejména ohledně přítomnosti tzv. prvku náhody. Dle něj je pro posouzení věci rozhodné, že po jednotlivé sázce se objeví otázka s konkrétní hodnotou, která může být menší nebo větší než vsazená částka. Účastník znalostní soutěže má však možnost náhledu, jaká otázka a za jakou hodnotu bude následovat. Účastník tak může v tomto okamžiku i kdykoliv jindy svou účast ve znalostní soutěži ukončit, aniž by mu byla otázka položena a aniž by mu za ni byl odečten kredit. Další pokračování v soutěži tak závisí pouze na rozhodnutí účastníka soutěže. Výše uvedené skutečnosti vyplývají z předložených posudků, jejichž předmětem bylo posouzení konkrétních technických zařízení. Krajský soud v bodě 19. napadeného rozsudku uvádí, že skutková zjištění ohledně průběhu hry nebyla stěžovatelem zpochybněna a že sporná byla jen přítomnost prvku náhody, což není pravda. Již od počátku nesprávná skutková zjištění namítal a tvrdil, že účastník znalostní soutěže má možnost náhledu, jaká otázka a za jakou hodnotu bude následovat. K tomu též předkládal důkazy. Závěr krajského soudu je tak nesprávný, nezákonný a navíc neodpovídá skutkovému stavu. Skutková podstata, z níž vycházel žalovaný i krajský soud, navíc nemají oporu ve správním spise. Kvůli tomuto nesprávnému závěru je poté nesprávný i závěr, že dotčená technická zařízení spadají pod režim zákona o loteriích.

[11] Krajský soud nesprávně posoudil, že stěžovatel provozuje loterii nebo jinou podobnou hru bez povolení ministerstva. Je sice pravdou, že v jeho provozovně byla umístěna dotčená technická zařízení, která však nevlastnil ani neprovozoval, nenastavoval je, nijak do nich technicky nezasahoval ani neprováděl jejich provoz či opravy. Daný prostor pronajímal společností GLETRAN s. r. o. a VINDARON PRO s. r. o., které technická zařízení provozovaly. Stěžovatel pouze zajišťoval dílčí služby provozovatelům a vlastníkům, kteří umístili technická zařízení v jeho provozovně. Dle § 4 odst. 3 zákona o loteriích není vyloučeno, aby si GLETRAN s. r. o. a VINDARON PRO s. r. o. obstaraly dílčí činnosti prostřednictvím jiných osob. Tato jednání jsou poté přičitatelná skutečným provozovatelům, kteří se k provozování daných technických zařízení veřejně hlásí. Definičním znakem provozovatele je úmysl provozovat loterii nebo jiné podobné hry. Úmysl stěžovatele však nebyl naplněn ani prokázán. Současná legislativa a judikatura odlišují provozovatele hazardních her a jiné osoby pověřené např. obsluhou technického zařízení. Nemůže být proto odpovědný za porušení povinností třetích osob. Správní orgány nesplnily svou povinnost nade vší pochybnost prokázat, že to byl on, kdo technická zařízení provozoval. Závěr správních orgánů a krajského soudu vede k narušení právní jistoty pronajímatelů, jelikož je jim prakticky prikazováno, aby ověřili, zda jejich nájemci plní své zákonné povinnosti. Stěžovatel již dříve obsluhoval výherní herní automaty jiné společnosti, aniž by byl označen za jejich provozovatele. O tom, že by měl být provozovatelem technických zařízení, nesvědčí ani skutečnost, že nájemné bylo stanoveno jako podíl na výnosu. V podnikatelském prostředí se jedná o běžný postup, jakým může být nájemné dohodnuto.

[12] Stěžovatel namítal také nesprávné určení výše výnosu. S ohledem na to, že pojem „výnos“ není zákonem nijak definován, byl určen jako souhrn peněžních částek, které představují rozdíl mezi vklady přijatými v souvislosti s provozováním nepovolené loterie a vyplacenými výhrami. V tomto podílu však podle něj nebyla zahrnuta celá řada nákladů, a to zejména nákladů na zaměstnance. Stěžovatel odvedl ze svých příjmů daň z přidané hodnoty i daň z příjmu. Podstatná část příjmů, které krajský soud nesprávně označil jako

„výnos z loterie“, byla tedy již odvedena do státního rozpočtu. V případě dalšího odvodu by Česká republika obdržela stejnou částku vícekrát. Stěžovatel k tomu odkázal na vypracování odborné analýzy.

[13] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti navrhl její zamítnutí. Krajský soud správně dovodil, že správní orgán I. stupně disponuje odborným aparátem, který je schopen určit hru z hlediska přítomnosti prvků loterie nebo jiné podobné hry. Předmětem posouzení nebylo vybavení technických zařízení, tedy posuzování technické otázky, ale to, jak se tato zařízení projevují navenek, tedy jakým způsobem hra probíhá a zda je v ní přítomen prvek náhody. K posouzení této skutečnosti nebylo nutné ustanovit znalce. K námitce nevypořádání se s navrženými důkazy konstatuje, že se jednotlivými důkazy zabýval na stranách 13–22 svého rozhodnutí (rozhodnutí ve věci pokuty - pozn. Nejvyššího správního soudu). K inspekční zprávě EZÚ uvedl, že ústav neposuzoval zařízení provozující vědomostní soutěž komplexně, a proto nevydal příslušný certifikát. Ve vyjádření ze dne 21. 7. 2014 se EZÚ distancoval od interpretace svého předešlého stanoviska ve smyslu, že zařízení „Vědomostní kvíz“ nelze podřadit pod zákon o loteriích. K osvědčení vydanému společností VERDEX Sp. z. o. o. uvedl, že nebylo předloženo v českém jazyce a stěžovatel jím chtěl prokázat, že se výše zmíněná inspekční zpráva vztahuje též na zařízení, která byla umístěna v jeho provozovně. Jelikož z inspekční zprávy EZÚ nevyplýval závěr, že dané zařízení nepodléhá zákonu o loteriích, jednalo se o bezpředmětný důkaz. Technické expertízy se vztahovaly k polským právním předpisům, a proto je pro řízení o přestupku nebylo možné použít. Skutkové okolnosti v projednávaném případě jsou totožné jako v případech řešených Nejvyšším správním soudem. Krajský soud rozhodl v souladu s touto judikaturou, že prvek náhody u daných technických zařízení existuje. Žalovaný připomenul, že pojem „výnos“ není zákonem o loteriích definován. Podle něj se jedná o souhrn peněžních částek, které představují rozdíl mezi vklady přijatými v souvislosti s provozováním nepovolené loterie nebo jiné podobné hry a vyplacenými výhrami. Tuto úvahu aproboval i krajský soud. Souhlasil i s tím, že výnos z nepovolené loterie nelze zaměňovat se ziskem z podnikání.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[14] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[15] Kasační stížnost není důvodná.

[16] Vzhledem k tomu, že stěžovatel uplatnil v kasační stížnosti také důvod podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., zabýval se Nejvyšší správní soud nejprve tímto důvodem. Bylo by předčasné zabývat se právním posouzením věci samé, bylo-li by napadené rozhodnutí krajského soudu skutečně nepřezkoumatelné či založené na jiné vadě řízení s vlivem na zákonnost rozhodnutí o věci samé. Nejvyšší správní soud pro stručnost odkazuje na judikaturu ohledně posouzení toho, jaké vady naplňují tento kasační důvod (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, č. 133/2004 Sb. NSS, nebo ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 - 73, č. 787/2006 Sb. NSS). Stěžovatel spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku v tom, že se krajský soud nevypořádal s námitkou nesprávného posouzení důkazních prostředků správními orgány a

pokračování

s předloženými důkazy. Krajský soud se však s touto námitkou podrobně vypořádal na straně 5 a 6 napadeného rozsudku, kde vysvětlil, z jakých důvodů žalovaný k navrhovaným důkazům nepřihlédl, a proč nebylo třeba ve správním řízení ustanovit znalce. Napadený rozsudek proto nelze považovat za nepřezkoumatelný. Pouhý nesouhlas stěžovatele se závěry krajského soudu nepředstavuje důvod pro zrušení napadeného rozsudku pro jeho údajnou nepřezkoumatelnost (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 11. 2013, č. j. 2 As 47/2013 - 30).

[17] Dle § 4 odst. 3 zákona o loteriích se provozováním loterií a jiných podobných her 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.

[18] Dle § 48 odst. 7 zákona o loteriích může finanční úřad rozhodnout, že výnos loterie nebo jiné podobné hry provozované v jeho územním obvodu bez povolení, které by bylo oprávněno vydat ministerstvo, bude odveden do státního rozpočtu České republiky.

[19] Nejvyšší správní soud předesílá, že souhlasí s krajským soudem v tom, že ustálená judikatura dovodila, že rozhodnutí o pokutě podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích není podmínkou pro uložení povinnosti zaplatit výnos podle § 48 odst. 7 téhož zákona. Nejvyšší správní soud pak opakovaně judikoval, že v řízení podle posledně citovaného ustanovení musí správní orgány samostatně vyřešit otázku, zda v projednávané věci byla či nebyla provozována loterie či jiná podobná hra bez povolení (srov. k tomu rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 11. 2019, č. j. 9 As 120/2018 - 38, ze dne 11. 2. 2021, č. j. 7 As 390/2020 - 68, nebo ze dne 15. 7. 2021, č. j. 9 As 356/2019 - 49). Zdejší soud ovšem připustil i to, že s ohledem na zásadu ekonomie řízení není nutno trvat na tom, aby se správní orgány nebo soud vypořádávaly opakovaně podrobně s totožnými námitkami vůči skutkovým zjištěním. Právě taková situace nastala i v nyní projednávané věci; námitky i důkazní návrhy, které stěžovatel vznesl v řízení o uložení povinnosti zaplatit výnos, byly shodné s těmi, které uplatnil již v řízení o uložení pokuty (obdobnou argumentaci použil stěžovatel i v řízení o žalobě a v řízení o kasační stížnosti, kde se námitky také shodují). Oba správní orgány vycházely v projednávané věci z rozhodnutí o pokutě, která obsáhle odpověděla na totožné námitky uplatněné následně i v řízení o výnosu, přičemž na ně odkázala. Byť je nutné v tomto ohledu korigovat dříve obecně uplatňovaný názor správních orgánů, že jsou rozhodnutím o pokutě vázány a námitky posouzení otázky, zda došlo k provozování loterie či jiné podobné hry bez povolení, uplatněné následně v řízení o výnosu, posoudit nemohou (neboť ty jsou posuzovány právě již v řízení o pokutě), neshledal Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem důvody pro zrušení správních rozhodnutí, a to pro shora uvedené.

[20] Stěžovatel namítá, že si správní orgány měly vyžádat znalecký posudek ohledně fungování technických zařízení nacházejících se v jeho provozovně. Znalecký posudek ve smyslu § 56 správního řádu jsou si správní orgány povinny vyžádat tehdy, nespadá-li otázka, která má být znaleckým posudkem zodpovězena, do věcného rozsahu jejich působnosti. Naopak znalec se nepřibírá, pokud správní orgán sám potřebnými odbornými znalostmi disponuje (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2010, č. j. 1 Afs 71/2009 - 113, č. 2313/2011 Sb. NSS). Dle rozsudku č. j. 1 As 136/2018 - 32, na který

odkázal i krajský soud, *„úkollem správních orgánů bylo, zjednodušeně řečeno, posoudit, jak se tato technická zařízení projevují, navenek“, tedy jakým způsobem hra probíhá a zda je průběh hry takový, že je v něm přítomen prvek náhody. Z tohoto pohledu je proto podružné, jakým softwarem jsou technická zařízení vybavena a jak tento software funguje.“* Pro posouzení přítomnosti prvku náhody je dle tohoto rozsudku rozhodující, jaký je průběh hry z pohledu jejího účastníka, tedy zda je při hraní přítomna nějaká jemu neznámá okolnost, kterou nemůže ovlivnit a která má vliv na výhru nebo prohru. Při tomto posuzování není třeba posuzovat *softwarové* nebo *hardwarové* vybavení technických zařízení. V bodě [21] výše citovaného rozsudku dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že Specializovaný finanční úřad je schopen určit hru z hlediska přítomnosti prvků loterie nebo jiné podobné hry. Tato odborná otázka tedy spadá do působnosti správního orgánu I. stupně, který si proto nebyl povinen vyžádat znalecký posudek.

[21] Dle stěžovatele správní orgány nevyvodily závěry z jím předložených dokumentů, a to z Inspekční zprávy EZÚ, osvědčení společnosti VERDEX Sp. z. o. o., znaleckého posudku ze dne 1. 7. 2014, technické expertízy Výzkumné laboratoře Vyšší odborné školy informatiky a dovedností v Lodži, technické expertízy institutu elektrotechniky ve Varšavě a znaleckého posudku soudního znalce inž. Sieduszewskiego ze dne 1. 10. 2015. Navrženými důkazy se správní orgány zabývaly v rozhodnutích o uložení pokuty, na které následně v rozhodnutí o výnosu odkázaly. V rozhodnutí o pokutě a následném rozhodnutí o odvolání srozumitelně vysvětlily, jak se s každým z nich vypořádaly a z jakých důvodů je neprovedly. Krajský soud se se závěry plynoucími z těchto rozhodnutí (potažmo s rozhodnutími o výnosu, která na ně odkázala) ztotožnil a navržené důkazy označil za irelevantní.

[22] Stěžovatel rozporuje, že v případě hry na daných technických zařízeních je přítomen prvek náhody. Uvedl, že účastník znalostní soutěže má možnost náhledu, jaká otázka a za jakou hodnotu bude následovat a může v tomto okamžiku i kdykoliv jindy soutěž ukončit, aniž by mu byla otázka položena, a byl mu za ni odečten kredit. Pokračování v soutěži tak závisí jen na jeho rozhodnutí. Nejvyšší správní soud konstatuje, že správní orgány ani krajský soud možnost náhledu na hodnotu následující otázky nijak nerozporovaly. Krajský soud při svém posouzení přítomnosti prvku náhody vycházel z rozsudku č. j. 1 As 136/2018 - 32, dle kterého skutečnost, že hráč může před učiněním sázky na jednotlivou otázku zjistit dopředu její hodnotu a hru případně ukončit, nic nemění na tom, že i přes správnou odpověď na položenou otázku může dojít k prohře, neboť v důsledku hodnoty přidělené otázce může dojít k situaci, kdy je hodnota otázky nižší než sázka na tuto otázku. Dle tohoto rozsudku je podstatné, že *„hráči je takto odhalena hodnota nejbližší následující otázky, nikoli otázek dalších (hodnota je odhalována postupně vždy ve vztahu ke každé otázce); hráči tedy i přes plnou vědomost aktuální dílčí prohry jsou motivováni k pokračování ve hře onou neznámou okolností – hodnotou dalších (budoucích) otázek.“* Již správní orgány se vypořádaly (v rozhodnutí o uložení pokuty) s odkazem na inspekční zprávu EZÚ, ve které byla posuzována pouze jedna část zařízení, a proto EZÚ nevydal příslušný certifikát. Neučinil tak tedy proto, že by dospěl k závěru, že provoz tohoto technického zařízení nepodléhá režimu zákona o loteriích, jak se domnívá stěžovatel. Vzhledem k tomu, že neuvedl argumenty, které by mohly výše uvedený závěr z rozsudku č. j. 1 As 136/2018 - 32 zpochybnit, lze jeho závěry použít i na nyní

pokračování

projednávaný případ. Ani námitka ohledně nesprávného posouzení přítomnosti prvku náhody tak není důvodná.

[23] Stěžovatel dále nesouhlasil se závěrem, že hazardní hry provozuje. Nejvyšší správní soud ze správního spisu zjistil, že stěžovatel na základě Smluv o nájmu pronajal společnosti VINDARON PRO s. r. o. a posléze GLETRAN s. r. o. část prostoru sloužícího k podnikání ve své provozovně. Účelem tohoto nájmu byla podnikatelská činnost daných společností prostřednictvím internetových zařízení. Výše měsíčního nájmu činila 35 % z celkového výnosu, kterým se rozuměly měsíční výnosy získané z provozu daných zařízení. Stěžovatel byl na základě smlouvy o nájmu povinen zajišťovat řádný technický stav pevných elektrorozvodů a zevní údržbu internetových zařízení. Stěžovateli zaměstnanci dle jeho výpovědi ze dne 25. 2. 2016 (Protokol o ústním jednání na č. l. 19 spisu správního orgánu I. stupně v řízení o pokutě) prováděli výplaty výher. Z toho je zřejmé, že se stěžovatel podílel na výnosu z provozování technických zařízení, a byl tak motivován k podpoře celkové výše výnosu. S výší výnosů byl pravidelně měsíčně seznamován prostřednictvím výdajových daňových dokladů. Správní orgán I. stupně z příjmových dokladů založených ve správním spise zjistil, že celkový výnos z provozu technických zařízení činil 1 227 853,10 Kč.

[24] Skutkově podobnou situací se Nejvyšší správní soud zabýval v rozsudku ze dne 4. 4. 2019, č. j. 1 As 74/2018 - 40, ve kterém dospěl k závěru, že pokud pro společnosti VINDARON PRO s. r. o. a GLETRAN s. r. o. nebylo vydáno povolení k provozování technických zařízení, není podstatné, že s tehdejší stěžovatelem uzavřely nájemní smlouvu, na jejímž základě byla dotčená zařízení umístěna v jeho provozovně. Tyto společnosti totiž nebylo možné považovat za skutečné provozovatele daných zařízení. Následně v bodě [50] shledal, že tehdejší stěžovatel „vědomě a aktivně vytvářel podmínky pro to, aby technická zařízení mohla být umístěna a provozována v jeho provozovně, jeho zaměstnanci prováděli výplatu výher z finančních prostředků společností Vindaron a Gletran. Podstatné pak je, že stěžovatel měl též přímý finanční zájem na řádném a efektivním provozu technických zařízení, neboť nájemné bylo stanoveno jako procento z výnosu z těchto zařízení. Soud tedy nemá pochyb o tom, že stěžovatel vykonával služby související se zajištěním provozu technických zařízení. Bez stěžovatelova aktivního jednání by nebylo fungování technických zařízení vůbec možné.“ I v nyní projednávaném případě měl stěžovatel finanční zájem na řádném a efektivním provozu dotčených zařízení, získával výnos shodný s procentuální mírou výnosu ve výše uvedené věci, a aktivně a vědomě vytvářel podmínky pro umístění technických zařízení v provozovně. Jelikož nebyly zjištěny skutečnosti, které by jeho případ významně odlišovaly, nebyl důvod se od závěru z výše uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu odchýlit. Co se týče námitky, že mu nebyl prokázán úmysl, považuje ji Nejvyšší správní soud v případě povinnosti k odvodu výnosu za mimoběžnou. Pouze na okraj připomíná, že ani v případě odpovědnost za správní delikt dle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích není třeba zkoumat zavinění, neboť je zda dána odpovědností objektivní, tedy odpovědností za následek bez ohledu na zavinění (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2016, č. j. 5 As 36/2016 - 27). Správní orgány a krajský soud tak správně posoudily, že stěžovatel provozoval technická zařízení určená k hazardním hrám.

[25] Stěžovatel závěrem namítl, že výše výnosu nebyla určena správně, neboť správní orgány ani krajský soud nepřihlédly k nákladům (potažmo i k odvedeným daním), které stěžovatel v souvislosti s výnosem vynaložil. Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem toto pochybení správních orgánů neshledal. Jak správně uvedl i krajský soud, zákon o loteriích ve svých ustanoveních blíže nespecifikuje pojem výnos. Původní zákonná úprava na rozdíl od dnes platné a účinné (zákon č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách, ve znění pozdějších předpisů) upravovala pouze „zdanění“, resp. placení odvodu z legálně provozovaných loterií (resp. v souvislosti s jinými obdobnými hrami), stanovení odvodu z nepovolené loterie výslovně nestanovila. Jak uvedl Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 3. 12. 2020, č. j. 7 As 151/2020 - 23, jak legální odvod podle zákona o loteriích, tak odvod výnosu (z nelegálně provozované loterie) jsou příjmem veřejného rozpočtu (posuzováno optikou původní právní úpravy podle zákona o loteriích). Byť je jejich výše stanovena odlišně, při jejím určení je nezbytné zjišťovat obdobný okruh skutečností, a to především úhrn vsazených částek. Oba odvody mají úzkou souvislost, ačkoli je nelze zcela ztotožnit. Zákon o loteriích stanoví, že dílčí základ odvodu z výherních a hracích přístrojů a jiných technických zařízení se skládá z poměrné a pevné části, přičemž poměrnou část dílčího základu odvodu u povolených přístrojů tvoří podle § 41b zákona o loteriích částka, o kterou úhrn vsazených částek převyšuje úhrn vyplacených výher. Vycházely-li z této úpravy správní orgány i při určení výše výnosu z nepovolené loterie, Nejvyšší správní soud neshledal v jejich postupu z důvodů dále uvedených vadu.

[26] S ohledem na specifickou povahu odvodu výnosu z nepovolené loterie nelze tento pojem zaměňovat s pojmem „zisk“ z podnikání, tedy rozdílem mezi výnosy a náklady, které stěžovatel vynaložil v souvislosti s provozem hracích zařízení, jak správně podotkl krajský soud i správní orgány. Svou povahou je tento pojem bližší pojmu „výnos z trestného činu“, který zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, definuje jako jakoukoli ekonomickou výhodu pocházející z trestného činu (srov. § 135b). V případě výnosu z nepovolené loterie je za tuto „ekonomickou výhodu“ možné považovat právě částku, o kterou úhrn vsazených částek převyšuje úhrn vyplacených výher (shora uvedená definice dílčího základu odvodu z povolené loterie). Jedná se o hodnotu, která byla bezprostředně získána stěžovatelem z provozu herních zařízení, neboť tato finanční částka představovala neoprávněně získaný ekonomický prospěch, který by stěžovatel jinak nezískal, a to, aniž by tato částka byla dále krácena o další náklady (byť stěžovatel uváděl, že je vynaložil v souvislosti se získanými prostředky). Z tohoto důvodu nebylo možné započíst do celkové sumy náklady na zaměstnance. To by totiž znamenalo popřít význam pojmu „ekonomická výhoda“ získaná z nepovolené loterie, neboť by nezohledňovala původně stěžovatelem bezprostředně získanou sumu. Lze proto uzavřít, že za výnos lze považovat souhrn peněžních částek, které představují rozdíl mezi vklady přijatými v souvislosti s provozováním nepovolené loterie nebo jiné podobné hry a vyplacenými výhrami, tedy ekonomickou výhodu, kterou by subjekt nenabyl, pokud by nelegální nebo jinou podobnou hru neprovozoval.

[27] Započíst nelze ani případné zdanění, které stěžovatel měl údajně odvést. Jestliže stěžovatel výnos zdanil, pak tak učinil nad rámec zákona. Tato otázka však není předmětem nynějšího sporu, ale mohla by být řešena pouze v samostatném daňovém řízení. Z tohoto důvodu Nejvyšší správní soud ani nehodnotil stěžovatelem předloženou analýzu, neboť ta by na uvedeném nemohla nic změnit.

pokračování

IV. Závěr a náklady řízení

[28] Z výše uvedeného vyplývá, že napadený rozsudek krajského soudu není nezákonný z důvodů namítaných v kasační stížnosti. Proto Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl podle § 110 odst. 1 s. ř. s.

[29] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1, větu první, ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatel ve věci neměl úspěch, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti.

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

V Brně dne 16. září 2021

JUDr. Radan Malík
předseda senátu