

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jana Passera a soudců JUDr. Michala Mazance a Mgr. Davida Hipšra v právní věci žalobce: **Penny Market, s. r. o.**, se sídlem Počernická 257, Radonice, zastoupeného Mgr. Danielem Čekalem, advokátem se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 31, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 23. 7. 2013, čj. 19197/13/5000-26000-703694, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Praze ze dne 3. 9. 2015, čj. 46 Af 59/2013 – 86,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 3. 9. 2015, čj. 46 Af 59/2013 – 86, **se zrušuje**.

II. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 23. 7. 2013, čj. 19197/13/5000-26000-703694, a rozhodnutí Specializovaného finančního úřadu ze dne 17. 5. 2013, čj. 158859/13/4000-49000-203325, **se zrušují** a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.

III. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady soudního řízení ve výši 19 456 Kč ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobce Mgr. Daniela Čekala.

Odůvodnění:

I.

1. Specializovaný finanční úřad rozhodnutím ze dne 17. 5. 2013, čj. 158859/13/4000-49000-203325, uložil žalobci pokutu ve výši 4 000 000 Kč za porušení § 1 odst. 5 zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění

pozdějších předpisů, kterého se měl žalobce dopustit tím, že v průběhu roku 2012 pořádal 8 soutěží, které byly zakázanými spotřebitelskými loteriemi.

2. Žalovaný zamítl odvolání žalobce rozhodnutím ze dne 23. 7. 2013, čj. 19197/13/5000-26000-703694.

II.

3. Žalobce napadl rozhodnutí žalovaného žalobou u Městského soudu v Praze, který usnesením ze dne 27. 9. 2013, čj. 5 Af 43/2013 – 38, postoupil věc místně příslušnému Krajskému soudu v Praze. Krajský soud rozsudkem ze dne 3. 9. 2015, čj. 46 Af 59/2013 – 86, zrušil napadené rozhodnutí a vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení.

III.

4. Žalovaný (stěžovatel) brojil proti rozsudku krajského soudu kasační stížností z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

5. Podle stěžovatele krajský soud nesprávně posoudil podmínky, které vedou k vytvoření ustálené správní praxe, o níž účastník řízení může opřít své legitimní očekávání. Stěžovatel citoval část svého vyjádření k žalobě ze dne 21. 11. 2013, s nímž se krajský soud opomněl řádně vypořádat. Stanovisko Ministerstva financí ze dne 11. 5. 2006 nazvané *„Akce o ceny – herní koncepty, které nepodléhají zákonu č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů*“ (dále též „stanovisko ministerstva z roku 2006“) bylo pouze nezávazným vyjádřením právního názoru. Podřízenost stěžovatele ministerstvu na úseku loterií a jiných podobných her neznamená, že by stěžovatel byl vázán jakýmkoliv vyjádřením ministerstva vyřčeným v tisku, na internetu nebo v osobním dopisu některému z daňových subjektů. Organizační řád vymezuje uvnitř struktury orgánů Finanční správy ČR interní akty řízení, které stanoví mimo jiné závazná pravidla pro výklad a použití právních předpisů. Tyto akty mají stanovenou formu a pravidla pro distribuci. Pouhé vyslovení názoru v odlišné formě není závazné. Samotné stanovisko ministerstva z roku 2006 uvádí, že jeho adresáty jsou provozovatelé akcí o ceny, nikoliv orgány Finanční správy ČR. Nadto, ministerstvo zařadilo stanovisko v minulosti do archivu v rámci svých webových stránek, takže již není delší dobu dohledatelné.

6. Správní praxi může založit pouze ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad. Stanovisko ministerstva z roku 2006 nebylo publikováno služební cestou, ani podle něj nebylo rozhodováno. Na základě ojedinělého názoru ministerstva se nemohla vytvořit ustálená rozhodovací správní praxe. Krajský soud nesprávně uzavřel, že předmětné stanovisko potvrdilo již v minulosti vytvořenou rozhodovací praxi. Tento závěr blíže neodůvodnil, nezabýval se tím, z čeho měla taková praxe vyvěrat, ani neuvedl, jaké právní skutečnosti měly vést k jejímu ustálení. Krom toho krajský soud určil počátek údajné správní praxe v dřívější době než žalobce, čímž překročil rozhodovací rámec vymezený žalobou.

7. Automatickým přijetím tvrzení žalobce o existenci ustálené správní praxe krajský soud zatížil své rozhodnutí nepřezkoumatelností a jinou vadou řízení. Soud vyhověl

žalobě, přestože žalobce neunesl důkazní břemeno. Pokud žalobce tvrdil, že se určitá praxe ustálila, byl povinen toto tvrzení prokázat, což neučinil. Stěžovateli není známo žádné rozhodnutí, které by se opíralo o stanovisko ministerstva z roku 2006. Správní orgán má povinnost vypořádat se s rozhodovací praxí v odůvodnění rozhodnutí, pokud taková praxe skutečně existuje a pokud se od ní hodlá odchýlit. Nedošlo-li dosud k utvoření rozhodovací praxe (nadto ustálené), nebylo možné odchylky od neexistující praxe identifikovat, natož zdůvodnit.

8. V rozhodnutí vydaném v prvním stupni Specializovaný finanční úřad vysvětlil, z jakých důvodů nebylo možné předmětné stanovisko použít (pro jeho nezávazný charakter a rozpor se zákonem o loteriích). Odůvodnění odklonu od názoru vyjádřeného ve stanovisku pokrývá též případný odklon od domnělé správní praxe, která by jim byla založena. K nezávazné povaze a neaktuálnosti stanoviska se v obdobném duchu vyjádřil i stěžovatel v napadeném rozhodnutí. Správní orgány se nepochybně zabývaly skutečnostmi, které krajský soud v odůvodnění jejich rozhodnutí postrádal.

9. Dále stěžovatel vytkl krajskému soudu, že hovořil o racionalitě výkladu § 1 odst. 5 zákona o loteriích vyjádřeného ve stanovisku ministerstva z roku 2006, aniž by vysvětlil, v čem má tato racionalita spočívat. V dalším odstavci krajský soud kategoricky odmítl námitky žalobce, které byly opřeny právě o zmíněné stanovisko, a uvedl, že správní orgány správně posoudily činnost žalobce jako právem zapovězenou. Odůvodnění napadeného rozsudku tak bylo vnitřně rozporné. V posuzované věci nebylo možné použít zásadu *in dubio pro libertate*, neboť krajský soud nenabídl alespoň dva srovnatelně přesvědčivé právní výklady, mezi nimiž by bylo třeba volit za pomocí uvedené zásady.

10. Závěrem stěžovatel namítl, že se krajský soud nezabýval otázkou, zda dovozovaná ustálená správní praxe z let 2006 až 2012 mohla být považována za správní praxi Specializovaného finančního úřadu a stěžovatele, kteří svoji činnost zahájili k 1. 1. 2012, resp. 1. 1. 2013. Pokud by se skutečně tvrzená správní praxe ustálila, bylo by možné se dovolávat jejího porušení pouze ve vztahu k ministerstvu. Takové případné porušení by však nemohlo mít vliv na zákonnost napadených rozhodnutí, která ministerstvo nevydalo.

IV.

11. Žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti odkázal na svá předchozí vyjádření, zejm. žalobu. Stěžovatel nepřinesl v kasační stížnosti žádné nové důkazy ani tvrzení, ale pouze účelový výklad práva. Žalobce zdůraznil, že úkolem nezávazných stanovisek, pokynů či vnitřních předpisů státní správy je deklarovat určitý postup správního orgánu. Nezávazné normativní akty vytvářejí správní praxi a třetím osobám vzniká právo legitimně předpokládat, že správní orgány budou postupovat uvedeným způsobem. Odklon od této praxe by byl libovůlí. Správní orgán nezavazuje pouze sám sebe, ale i jemu podřízené orgány. Postačí, pokud jsou takové akty vhodným způsobem oznámeny, např. zveřejněny na webových stránkách daného orgánu.

12. Žalobce setrval na stanovisku, že existovala zavedená a potvrzená správní praxe. Naopak správní nebo soudní rozhodnutí, která by vyžadovala odlišné chování žalobce, nebyla vydána. Neodůvodněná změna správní praxe se projevila v posuzované věci nejen

uložením neočekávané drakonické pokuty, ale i v nákladech na správní a soudní řízení. Zamýšlel-li Specializovaný finanční úřad změnit zavedenou praxi, měl tuto změnu nejprve projednat s ministerstvem a upozornit dotčené osoby.

13. Ministerstvo vydalo v roce 2012 nové stanovisko, které ve vztahu k spotřebitelským loteriím pouze přebralo text stanoviska z roku 2006. Žádný jasný odklon od zavedené praxe z něj neplynul. Správní orgány měly zohlednit také skutečnost, že žalobce upustil od pořádání spotřebitelských soutěží, jakmile se dozvěděl o změně výkladu.

V.

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

15. Kasační stížnost je důvodná.

16. Nejvyšší správní soud shledal rozpor rozhodné právní úpravy, za jejíž porušení byla žalobci uložena pokuta, s právem EU. Jakkoliv správní orgány ve svých rozhodnutích neargumentovaly právem EU a nedovolával se jej ani žalobce, soud byl v posuzované věci povinen překročit rámec kasační stížnosti a posoudit věc pohledem práva EU z úřední povinnosti.

17. Soud je povinen zohlednit i bez námitky účastníka řízení právo EU tehdy, pokud by jeho porušení vedlo k vadám zmíněným v § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s. nebo k jiným vadám, které je soud povinen zohlednit i v případě vnitrostátního práva (blíže viz rozsudek ze dne 18. 6. 2009, čj. 8 As 33/2009 – 56, č. 1908/2009 Sb. NSS). V nyní posuzované věci se jedná o oblast správního trestání, pro niž se přiměřeně použijí i zásady trestního práva, včetně zásady *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*. Žalobci byla uložena pokuta podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích ve spojení s § 1 odst. 5 téhož zákona. Obecný zákaz provozování spotřebitelských loterií stanovený v posledně zmiňovaném ustanovení je z níže rozebraných důvodů v rozporu se směrnicí 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu. Rozpornost samotného vymezení skutkové podstaty, za jejíž naplnění byl žalobce potrestán, s právním předpisem, který má aplikační přednost (k přednosti unijního práva viz zejm. rozsudky Soudního dvora ze dne 15. 7. 1964, *Costa v. ENEL*, 6/64, nebo ze dne 19. 1. 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07), soud shledal vadou, k níž je povinen přihlédnout z úřední povinnosti.

18. Podle § 1 odst. 5 zákona o loteriích se za loterii nebo jinou podobnou hru 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 […] *vyhláškou.*"

19. Spotřebitelské loterie, jak jsou definovány v zákonu o loteriích, jsou „*obchodní praktikou*" ve smyslu čl. 2 písm. d) směrnice 2005/29/ES. Soudní dvůr potvrdil, že pod tento pojem spadají spotřebitelské soutěže, které spojují koupi zboží nebo využití služeb a účast spotřebitelů na výherní hře nebo soutěži o ceny. Uvedená směrnice se podle Soudního dvora vyznačuje obzvláště širokým věcným rozsahem působnosti vztahujícím se na všechny obchodní praktiky, které přímo souvisejí s propagací, prodejem nebo dodáním produktu spotřebitelům. Z jejího rozsahu jsou vyloučeny jen vnitrostátní právní předpisy, které se týkají nekalých obchodních praktik poškozujících „*pouze*" ekonomické zájmy soutěžitelů nebo které se týkají obchodování mezi obchodníky (rozsudek ze dne 14. 1. 2010, *Plus*, C-304/08, odst. 36 a násl.).

20. Použití směrnice 2005/29/ES přitom není podmíněno přítomností přeshraničního prvku (rozsudek *Plus*, odst. 28). V posuzované věci se neuplatní přechodné ustanovení podle čl. 3 odst. 5 (nabytí právní moci rozhodnutí žalovaného dne 24. 7. 2013 spadá mimo časový rámec předmětného přechodného ustanovení a vnitrostátní právní úprava neprovádí směrnice o minimální harmonizaci předcházející směrnici 2005/29/ES, srov. stanovisko generální advokátky ve věci *Plus*, odst. 72 a pozn. č. 45), ani výjimky z věcné působnosti směrnice uvedené v čl. 3 odst. 9, které zahrnují pouze finanční služby a nemovitosti.

21. Směrnice úplně harmonizuje pravidla týkající se nekalých obchodních praktik podniků vůči spotřebitelům, členské státy proto nemohou přijmout více omezující opatření, než jaká jsou stanovena touto směrnicí, a to ani s cílem dosáhnout vyšší úrovně ochrany spotřebitelů (čl. 4 směrnice 2005/29/ES, rozsudek *Plus*, odst. 41 a 50, nebo rozsudek ze dne 21. 10. 2008, *VTB-VAB a Galatea*, C-261/07 a C-299/07, odst. 52).

22. Příloha I směrnice stanoví taxativní výčet 31 obchodních praktik, které jsou na základě čl. 5 odst. 5 směrnice považovány za nekalé „*za všech okolností*". Pouze tyto obchodní praktiky lze pokládat za nekalé bez dalšího. V případě obchodních praktik neuvedených v příloze I je třeba hodnotit danou obchodní praktiku podle konkrétních skutkových okolností a kritérií uvedených v článcích 5 až 9 směrnice (bod 17 odůvodnění směrnice a rozsudek *Plus*, odst. 45).

23. Ve věci posuzované Soudním dvorem v rozsudku *Plus* německá právní úprava zakazovala jakoukoliv obchodní transakci, která spojuje koupi výrobků nebo využití služeb a účast spotřebitelů na výherní hře nebo soutěži o ceny, s jedinou výjimkou, kdy

soutěž o ceny nebo výherní hra byla z povahy věci spojena s dotčeným zbožím nebo službou. Podle Soudního dvora takový paušální zákaz ve světle směrnice 2005/29/ES neobstál: „*Vnitrostátní právní úprava, jako je právní úprava dotčená v původním řízení, tím, že zásadně zakazuje praktiky podmiňující účast spotřebitelů na výherní hře nebo na soutěži o ceny koupí výrobků nebo využitím služeb, neodpovídá požadavkům stanoveným směrnicí 2005/29*“ (rozsudek *Plus*, odst. 47, obdobně též výrok).

24. Přestože německá právní úprava obsahovala určitou výjimku z obecného zákazu, tato výjimka s ohledem na svůj obsah nemohla nahradit posuzování konkrétních skutkových okolností v každém jednotlivém případě: „*I když totiž může tato výjimka omezit dosah zákazu stanoveného v uvedeném ustanovení, nic to nemění na tom, že z důvodu své omezené a předem vymezené povahy nemůže nahradit analýzu ‚nekalé‘ povahy obchodní praktiky ve světle kritérií uvedených v článcích 5 až 9 směrnice 2005/29, která musí být nutně provedena s ohledem na věcné souvislosti každého případu, pokud se jedná, jako ve věci v původním řízení, o praktiku neuvedenou v příloze I této směrnice*“ (rozsudek *Plus*, odst. 53).

25. Pro nyní posuzovanou věc je rozhodný závěr Soudního dvora, podle kterého obchodní praktiky spojující koupi zboží nebo využití služeb s účastí spotřebitelů na výherní hře nebo soutěži o ceny nejsou uvedeny v příloze I směrnice 2005/29/ES, která stanoví taxativní výčet praktik, které mohou být zakázány bez posouzení, zda je konkrétní obchodní praktika nekalá ve smyslu čl. 5 až 9 směrnice 2005/29/ES (rozsudek *Plus*, odst. 49).

26. Zákon o loteriích stanoví obecný zákaz spotřebitelských loterií, aniž by umožnil individuální posouzení konkrétních skutkových okolností podle kritérií uvedených v čl. 5 až 9 směrnice 2005/29/ES. Takové posouzení nemůže nahradit ani výjimka, podle které pod obecný zákaz nespadají spotřebitelské loterie, u nichž souhrn hodnoty nepeněžitých výher u jednoho provozovatele za jeden kalendářní rok nepřesáhne částku 200 000 Kč a hodnota jednotlivé výhry nepřesáhne částku 20 000 Kč. Všechny spotřebitelské loterie přesahující uvedené částky jsou totiž bez dalšího zakázány, aniž by byla dána možnost posoudit, zda konkrétní spotřebitelská loterie má „*nekalý*“ charakter ve smyslu článků 5 až 9 uvedené směrnice, a poškozuje tak zájmy spotřebitelů. V této souvislosti soud připomíná, že směrnice 2005/29/ES členským státům výslovně zakazuje zachovávat nebo přijímat více omezující vnitrostátní opatření, byť by taková opatření směřovala k dosažení vyšší úrovně ochrany spotřebitele.

27. Právní úprava, která v rozporu se směrnicí stanoví širší rozsah zakázaných praktik, nemůže být podkladem pro uložení sankce za nedodržení takového zákazu. V takovém případě je třeba na základě zásady přednosti unijního práva a přímého účinku směrnice vyloučit v konkrétní věci působnost rozporné vnitrostátní normy (k zásadě přednosti viz např. judikatura citovaná výše v odst. 17, k podmínkám pro uplatnění přímého účinku viz např. rozsudky Soudního dvora ze dne 4. 12. 1974, *Van Duyn*, 41/74, *Francovich*, C-479/93, ze dne 19. 1. 1982, *Becker*, 8/81, ze dne 26. 9. 1996, *Arcaro*, C-168/95, nebo ze dne 1. 6. 1999, *Kortas*, C-319/97).

28. Skutečnost, že rozhodná právní úprava spotřebitelských loterií není obsažena v zákonu č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, který transponuje směrnici 2005/29/ES

do vnitrostátního práva, ale v zákonu o loteriích, neznamená, že by byla vyloučena z dosahu směrnice. Zákonodárce nemůže obejít zákaz nepřijímat přísnější úpravu v určité oblasti stanovený evropským právem tím, že takovou přísnější úpravu vtělí do jiného zákona, než který je výslovně určen k transpozici dané směrnice.

29. Nejvyšší správní soud si je vědom, že problematika spotřebitelských loterií se kromě oblasti ochrany spotřebitele prolíná s oblastí loterií a hazardních her, která není harmonizována právem EU a v níž Soudní dvůr přiznává členským státům určitou diskreci a možnost zohlednit ochranu jiných veřejných zájmů: „*V tomto kontextu mohou zvláštnosti morální, náboženské nebo kulturní povahy, jakož i morálně a finančně škodlivé důsledky pro jednotlivce a společnost, které souvisejí s hrami a sázkami, odůvodnit existenci dostatečné posuzovací pravomoci vnitrostátních orgánů pro stanovení požadavků, které zahrnuje ochrana spotřebitele a společenského pořádku*“ (viz např. rozsudek ze dne 6. 3. 2007, *Placanica a další*, C-338/04, C-359/04 a C-360/04, odst. 47 a judikatura tam citovaná). Členské státy tedy mají možnost stanovit cíle své politiky v oblasti hazardních her, vnitrostátní omezení ale musejí splňovat podmínky vyplývající z judikatury Soudního dvora, zejm. požadavek přiměřenosti. V důsledku toho je třeba odděleně u každého omezení stanoveného vnitrostátními předpisy zkoumat, zda je posuzované omezení způsobilé zaručit uskutečnění cíle nebo cílů, jichž se dotčený členský stát dovolává, a zda nepřekračuje meze toho, co je nezbytné pro jejich dosažení. Omezení musejí být v každém případě uplatňována nediskriminujícím způsobem (tamtéž, odst. 48 a 49).

30. Jakkoliv tedy členské státy obecně disponují v oblasti loterií a hazardních her určitou diskrecí, v části, v níž se určitý typ loterie protne s plně harmonizovanou úpravou provedenou směrnicí 2005/29/ES, je třeba respektovat zákaz přijetí přísnějších opatření, než která stanoví směrnice. V opačném případě by byl smysl úplné harmonizace dané oblasti popřen.

31. Nadto, zákaz stanovený v § 1 odst. 5 zákona o loteriích obsahuje samostatnou definici spotřebitelské loterie zahrnující i soutěže, které nenaplňují všechny znaky obecné definice loterie v § 1 odst. 2 téhož zákona, a které proto nespadají do výše uvedené neharmonizované oblasti loterií a hazardních her, v níž státy mají při regulaci širokou posuzovací volnost.

32. Podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích se loterií nebo jinou podobnou hrou 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.*“ Pro účely nyní posuzované věci soud považuje za rozhodný znak zaplacení vkladu (sázky), jehož návratnost se nezaručuje. Tento znak nemusí být u spotřebitelských loterií vždy splněn. Definice spotřebitelské loterie v § 1 odst. 5 totiž dopadá i na soutěže, které podmiňují účast ve slosování koupí zboží či služby, jejichž cena nepřesahuje cenu obvyklou, a účast na slosování nevyžaduje uhrazení jiných dodatečných nákladů. V takovém případě spotřebitel neplatí „*vklad (sázku), jehož návratnost se nezaručuje*“, neboť za zaplacenou cenu obdrží odpovídající zboží či službu v množství a kvalitě, které by

obdržel i bez spojení jejich koupě s možností účasti na slosování o ceny, neriskuje tak ztrátu vynaložených finančních prostředků (srov. § 4 odst. 1 zákona o hazardních hrách, viz dále odst. 35). Skutečnost, že by spotřebitel třebas zboží nebo službu nekoupil nebýt jejich spojení s možností účasti na slosování, nebo by je koupil v menším množství, je otázkou posouzení obchodních praktik v režimu zákona o ochraně spotřebitele, resp. směrnice 2005/29/ES (srov. stanovisko generální advokátky ve věci *Plus*, odst. 102 a 103), nikoliv definičním znakem loterie.

33. Pokud cena zboží, služby či transakčních nákladů spojených s účastí na soutěži o ceny převyšuje obvyklou cenu, bylo by možné část ceny převyšující obvyklou cenu považovat za „*vklad (sázku), jehož návratnost se nezaručuje*“. Pokud by byly splněny i další definiční znaky loterie (zejm. skutečnost, že o výherci rozhoduje náhoda či předem neznámá okolnost), pak by taková soutěž mohla být považována za loterii ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích.

34. Pro účely nyní posuzované věci ovšem soud nepovažuje za potřebné zkoumat, zda v soutěžích provozovaných žalobcem cena zboží podmiňujícího účast na slosování převyšovala cenu obvyklou, a zda tedy mohly být tyto soutěže posuzovány pouze v režimu zákona o ochraně spotřebitele nebo zda mohly být posuzovány jako loterie ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích. Pokud by spadaly do kategorie vymezené výše v odst. 32, bylo by nepochybné, že jejich obecný zákaz bez možnosti individuálního posouzení z hlediska případné nekalosti by byl v rozporu se směrnicí 2005/29/ES. Pokud by spadaly do kategorie vymezené výše v odst. 33 a mohl být na ně vztažen obecný režim provozování loterií (v řízení o udělení povolení by patrně bylo možné dostát i požadavkům na individuální posouzení podle směrnice 2005/29/ES), bylo by možné žalobci vytknout, že takové loterie pořádal bez zákonem vyžadovaného povolení. V situaci, kdy zákonodárce vůbec neumožnil o takové povolení požádat a bez dalšího stanovil obecný zákaz spotřebitelských loterií (s výjimkou, která ovšem není s to zhojit neslučitelnost se směrnicí 2005/29/ES), by ale nebylo možné žalobce trestat za to, že si takové povolení neopatřil (srov. rozsudek *Placanica a další*, zejm. odst. 69).

35. Nově přijatá právní úprava v podobě zákona č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách, potvrzuje, že i zákonodárce si je vědom rozporu obecného zákazu spotřebitelských loterií podle zákona o loteriích s evropským právem. Zákon o hazardních hrách, který je v době rozhodování Nejvyššího správního soudu platný, byť zatím nikoliv účinný (byl vyhlášen ve Sbírce zákonů dne 15. 6. 2016, účinnosti nabude od 1. 1. 2017), neobsahuje obecný zákaz spotřebitelských loterií a nevymezuje spotřebitelské loterie jako samostatný typ hazardní hry. Tímto krokem se spotřebitelské loterie nedostávají zcela mimo právní regulaci. Zákon o hazardních hrách definuje v § 4 odst. 1 písm. d) „*sázku*“ jako „*sázejícím dobrovolně určené nevratné plnění, které bude porovnáváno s výsledkem hazardní hry, včetně 1. rozdílu mezi nabízenou cenou zboží nebo služby a jejich cenou obvyklou; za cenu obvyklou se považuje cena stanovená podle zákona upravujícího oceňování majetku, a 2. částky převyšující cenu za volání nebo odeslání textové nebo multimediální zprávy vyplývající ze smlouvy mezi účastníkem hazardní hry a poskytovatelem služeb elektronických komunikací*“. Tato definice umožňuje zahrnout do režimu zákona o hazardních hrách část spotřebitelských loterií, u nichž je přítomen hazardní prvek „*vkladu (sázky), jehož návratnost se nezaručuje*“ (srov. také § 3 odst. 1 zákona o hazardních hrách), pokud jsou splněny i ostatní definiční znaky hazardní hry.

Naopak část spotřebitelských soutěží (v terminologii současného zákona spadající pod pojem „*spotřebitelské loterie*“), které takový hazardní prvek neobsahují a nejsou loterií či jinou hazardní hrou v pravém slova smyslu, nebude podléhat povolovacímu režimu zákona o hazardních hrách, ale bude posuzována pouze podle zákona o ochraně spotřebitele. Toto rozlišení a upřesnění definice pojmu „*sázka*“ má za cíl zamezit obcházení zákona o loteriích prostřednictvím spotřebitelských soutěží, které by byly „*skrytými*“ loteriemi.

36. Důvodová zpráva k návrhu zákona o hazardních hrách zdůvodňuje vypuštění obecného zákazu spotřebitelských loterií následovně: „*Z navrhované úpravy byly nově vyjmuty hazardní hry ve formě spotřebitelských soutěží, anket a jiných akcí o ceny, jejichž úprava obsažená v zákoně č. 202/1990 Sb., ve znění pozdějších předpisů, jeví z pohledu evropské judikatury značné známky nekompatibility s právem Evropské unie. S ohledem na širokou definici obchodní praktiky uvedené v čl. 2 písm. d) směrnice 2005/29/ES není pochyb o tom, že spotřebitelská soutěž je obchodní praktikou vůči spotřebiteli dle zmiňované směrnice. Tomuto závěru taktéž odpovídá ustálená judikatura Soudního dvora EU* [...]. *Směrnice 2005/29/ES obecně zakazuje nekalé obchodní praktiky. V příloze I směrnice 2005/29/ES jsou pak uvedeny obchodní praktiky, které jsou považovány za nekalé za všech okolností. S ohledem na skutečnost, že se jedná o plně harmonizovanou oblast, kterou není možné nad rámec evropské úpravy dále rozšiřovat, jediným východiskem proto je tuto část z návrhu nového zákona vypustit a tím umožnit posuzování spotřebitelské soutěže jako obchodní praktiky obecně, neuvedené v příloze I směrnice 2005/29/ES. V průběhu let se však tato forma spotřebitelských soutěží stala bohužel velkým nedostatkem v české právní úpravě umožňujícím pod záminkou propagace či reklamy obcházet nejen zákonnou úpravu hazardních her, ale i samotnou odvodovou povinnost, a z toho důvodu došlo k podrobnější definici sázky v následujícím ustanovení.* [...] *Zákon také s ohledem na výše uvedené skutečnosti zpřesňuje definici pojmu sázky, kdy nově zvolená definice dopadá i na ty případy, kdy cena zboží či služby, jejichž zakoupení je podmínkou účasti na takovéto soutěži, převyšuje cenu obvyklou, a dochází tak ve skutečnosti ke skrytému provozování hazardních her. Stanovení ceny obvyklé pak vychází ze zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku, ve znění pozdějších předpisů. Sázkou se nově také rozumí i případy, kdy je k účasti na hře nezbytná registrace soutěžícího/zájemce o hru v podobě uskutečnění volání či odeslání textové nebo multimediální zprávy. Zákon pak považuje tyto zvýšené náklady na tyto služby elektronických komunikací rovněž za sázku do hazardní hry.*“ (důvodová zpráva je dostupná na www.psp.cz, sněmovní tisk č. 578, 7. volební období).

37. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Nejvyšší správní soud uzavřel, že Specializovaný finanční úřad uložil žalobci pokutu za porušení zákazu, který by při řádném dodržení požadavků evropského práva nemohl být stanoven.

38. Závěrem Nejvyšší správní soud dodává, že mu přes postavení soudu posledního stupně nevznikla povinnost položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru podle čl. 267 Smlouvy o fungování Evropské unie (srov. rozsudky Soudního dvora ze dne 27. 3. 1963, *Da Costa a další*, 28/62 až 30/62, ze dne 6. 10. 1982, *CILFIT*, 283/81, odst. 14, či ze dne 4. 11. 1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, odst. 29). Shledá-li vnitrostátní soud rozhodnou vnitrostátní právní úpravu neslučitelnou s právem Unie, může ji neaplikovat, aniž by byl povinen předložit předběžnou otázku Soudnímu dvoru (srov. rozsudek Soudního dvora *Kücükdeveci*). Při posouzení souladu rozhodné vnitrostátní právní úpravy s unijním právem se soud mohl opřít o jednoznačnou judikaturu Soudního dvora.

39. Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost důvodnou (byť z jiných důvodů, než které namítl stěžovatel), proto rozsudek krajského soudu zrušil. Současně zrušil i rozhodnutí žalovaného a jemu předcházející rozhodnutí Specializovaného finančního úřadu, protože již v řízení před krajským soudem byly dány důvody pro takový postup [§ 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. ve spojení s § 78 odst. 1 a 3 s. ř. s.], a vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s. ř. s.). V něm bude žalovaný vázán názorem Nejvyššího správního soudu (podle § 78 odst. 5 s. ř. s.).

40. Tímto rozsudkem je řízení před správními soudy skončeno, Nejvyšší správní soud proto rozhodl rovněž o celkových nákladech soudního řízení (§ 110 odst. 3 věta druhá s. ř. s.). Podle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Procesně úspěšným byl v dané věci žalobce, protože výsledkem řízení před správními soudy bylo zrušení správního rozhodnutí, které napadl žalobou.

41. Pokud jde o jejich výši v průběhu řízení o nyní posuzované kasační stížnosti, ta je představována náklady spojenými se zastoupením za 1 úkon právní služby ve výši 3100 Kč (podání vyjádření ke kasační stížnosti) a paušální náhradou hotových výdajů ve výši 300 Kč [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. d) a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů]. Náklady na zastoupení tedy činí 3400 Kč. Tuto částku soud zvýšil podle § 57 odst. 2 s. ř. s. o částku 714 Kč odpovídající dani z přidané hodnoty, kterou je zástupce žalobce jako plátce DPH povinen odvést. Celková výše náhrady nákladů za řízení o kasační stížnosti činí 4114 Kč.

42. Náhrada nákladů za řízení před krajským soudem zahrnuje zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3000 Kč, náklady spojené se zastoupením za 3 úkony právní služby po 3100 Kč (převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby a repliky) a paušální náhradu hotových výdajů ve výši 300 Kč za každý z těchto úkonů [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a) a d) a § 13 odst. 3 advokátního tarifu]. Náklady na zastoupení tedy činí 10 200 Kč. Tuto částku soud zvýšil podle § 57 odst. 2 s. ř. s. o částku 2142 Kč odpovídající dani z přidané hodnoty, kterou je zástupce žalobce jako plátce DPH povinen odvést. Celková výše náhrady nákladů za řízení o žalobě (včetně soudního poplatku) činí 15 342 Kč.

43. Žalovaný je tedy povinen nahradit žalobci náklady soudního řízení ve výši celkem 19 456 Kč, a to ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobce Mgr. Daniela Čekala.

44. Pro úplnost je třeba dodat, že žalovanému byla uložena povinnost uhradit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 15 342 Kč rozsudkem krajského soudu čj. 46 Af 59/2013 – 86. Tento rozsudek byl nyní zrušen Nejvyšším správním soudem včetně výroku II. o nákladech řízení, který je výrokem akcesorickým. Žalobce je však nutno i nadále považovat v řízení před krajským soudem za úspěšného a právo na náhradu nákladů vůči žalovanému má i nadále oporu v § 60 odst. 1 s. ř. s. Toto právo, které by po zrušení rozsudku krajského soudu zaniklo, je tedy i nadále deklarováno výrokem III. tohoto

rozhodnutí (srov. např. rozsudky ze dne 20. 10. 2014, čj. 8 As 90/2014 – 87, ze dne 28. 8. 2013, čj. 8 As 93/2012 – 41, nebo ze dne 22. 7. 2013, čj. 8 Afs 37/2012 – 28). Pokud již žalovaný splnil povinnost uhradit náklady řízení v souladu s rozsudkem krajského soudu čj. 46 Af 59/2013 – 86, vzniká mu nyní povinnost uhradit náklady řízení pouze ve zbývající výši.

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

V Brně 24. srpna 2016

JUDr. Jan Passer
předseda senátu