

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Filipa Dienstbiera v právní věci žalobkyně: **DANTER GAMBLE s. r. o.**, se sídlem Na Zbytkách 83, Staré Město, zastoupena Mgr. Michalem Varmužou, advokátem se sídlem Kozinova 21/2, Šumperk, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 8. 2016, č. j. 34963/16/5000-10610-701638, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 29. 3. 2018, č. j. 22 Af 82/2016 – 65,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 29. 3. 2018, č. j. 22 Af 82/2016 – 65, **se zrušuje.**

II. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 9. 8. 2016, č. j. 34963/16/5000-10610-701638, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

III. Žalovaný **je povinen** uhradit žalobkyni k rukám jejího zástupce, Mgr. Michala Varmuži, advokáta, na náhradě nákladů soudního řízení **29.570 Kč** do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

IV. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladů soudního řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Specializovaný finanční úřad rozhodnutím ze dne 3. 5. 2016, č. j. 105845/16/4300-00805-050472, uložil žalobkyni pokutu ve výši 70.000 Kč podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách (dále jen „zákon o loteriích“) za porušení § 4 odst. 1 tohoto zákona. Žalobkyně se dopustila porušení zákona tím, že nejméně od 1. 3. 2015 do 30. 11. 2015 provozovala ve čtyřech provozovnách loterie a jiné podobné hry (vědomostní soutěže a kvízy) bez platného povolení Ministerstva financí.

[2] Žalovaný odvolání žalobkyně zamítl a napadené rozhodnutí o pokutě potvrdil.

[3] Proti rozhodnutí žalovaného brojila žalobkyně žalobou u Krajského soudu v Ostravě, který ji zamítl. V prvé řadě konstatoval, že žalobní body nově uplatněné v podání ze dne 3. 10. 2017 (odlišné typy zařízení, návratnost vkladu, význam a funkce tlačítka „info“) se míjejí s žalobními body uvedenými v původní žalobě; jedná se tedy o nepřípustné rozšiřování žalobních bodů, proto se jimi soud nezabýval. Ze stejného důvodu soud neprovedl dokazování navrhovanými znaleckými posudky Ing. Dušáka a Mgr. Ludmy, přehráním videozáznamů či předvedením zařízení. Jediné tvrzení, které bylo možno navázat na původní žalobu, se týkalo možnosti tzv. otázky poslední záchrany.

[4] Soud dospěl k závěru, že v případě technických zařízení provozovaných žalobkyní byly naplněny všechny definiční znaky loterie a jiné podobné hry (dále též jen „loterie“) podle § 1 odst. 2 zákona o loteriích, zejména pak prvek náhody. Žalobkyně nezpochybnila závěr správních orgánů, že prvek náhody je přítomen v procesu přidělení hodnoty jednotlivým otázkám a s tím spojenou dílčí výhrou či prohrou při správné odpovědi. Soud proto vycházel z předpokladu o správnosti závěru žalovaného. Pokud hodnotu výhry nemůže účastník ovlivnit, jsou jeho vědomosti bez významu, a to tím spíše pokud hodnota otázky je mnohdy nižší, než učiněný vklad a i správná odpověď často znamená faktickou dílčí prohru. V tomto směru měl soud za přiléhavou úvahu žalovaného, že právě čekání na přidělení vyšší hodnoty otázce je to, co motivuje účastníka k další hře.

[5] Na uvedeném závěru nemůže nic změnit ani „otázka poslední záchrany“. Je sice pravdou, že správní orgány se existencí této herní varianty nezabývaly, přičemž žalovaný tak neučinil přes výslovnou odvolací námitku, ale i kdyby vědomostní zařízení tuto možnost nabízela, není to podle přesvědčení soudu pro jejich charakter rozhodující. Sama žalobkyně totiž pojí s touto možností závěr, že „případný účastník vědomostní soutěže neprohrává své veškeré prostředky na základě náhody, nýbrž na základě nezodpovězení vědomostní otázky.“ Na takové úvaze však není rozhodnutí žalovaného vybudováno. I kdyby byla prokázána možnost otázky poslední záchrany, mělo by to pouze ten důsledek, že se hráči umožňuje při správné odpovědi na poslední otázku pokračovat ve hře, neovlivňuje však již to, zda a jakou částku hráč nakonec vyhraje. Právě předem neznámá okolnost určující výši výhry je tím stěžejním důvodem, pro který správní orgány posoudily vědomostní zařízení jako loterie.

[6] Dle soudu byla žalobkyně provozovatelkou kvízomatů ve smyslu § 4 odst. 3 zákona o loteriích, a tedy osobou odpovědnou za správní delikt provozovatele loterií a jiných podobných her. Žalobkyně uzavřela nájemní smlouvy se společností GLETRAN s. r. o. (dále jen „Gletran“), ve kterých se zavázala dát do užívání část prostor sloužících

k podnikání za účelem výkonu podnikatelské činnosti prostřednictvím internetových zařízení, dodávat elektrickou energii a připojení k internetu, za což se nájemce zavázal hradit nájemné ve výši 35 % výnosu z provozu zařízení. Žalobkyně vlastními zaměstnanci zajišťovala některé další činnosti související s provozem kvízomatů, a to např. výběr finančních prostředků a výplatu výher. Soud se ztotožnil s názorem žalovaného, že je třeba rozlišovat situace, kdy existuje osoba disponující řádným povolením k provozu loterií a fakticky tuto činnost vykonává pomocí jiných osob od situace, kdy jsou loterie provozovány bez příslušného povolení. Zatímco v prvním případě disponuje provozovatel povolením k provozu loterií a toto povolení kryje také činnost dalších osob, jejichž pomocí provozovatel loterijní činnost vykonává, v druhém případě, kdy je loterie provozována bez povolení, je třeba určit osobu nebo osoby odpovědné za jejich nelegální provoz. Při určení osob odpovědných za provoz nepovolených loterií lze přitom vyjít z definice pojmu provozování loterií a jiných podobných her tak, jak je vymezena v § 4 odst. 3 zákona o loteriích.

[7] Pokud žalovaný v přezkoumávané věci vyšel ze skutkových závěrů, podle kterých činnosti žalobkyně spočívaly mimo jiné v zajištění připojení k elektrické energii či k internetu, dále ve vyplácení výher a vybírání finančních prostředků vložených do kvízomatů (což nebylo sporné) a tyto činnosti kvalifikoval jako provozování loterií a jiných podobných her ve smyslu § 4 odst. 3 zákona o loteriích, považoval soud jeho závěry za správné. Stejně tak je pro účely kvalifikace žalobkyně coby provozovatele podstatná koncepce „nájemného“ sjednaného v procentuálním podílu na výnosech z provozu jednotlivých zařízení, z čehož je zřejmé, že se žalobkyně podílela na výtěžku z provozu technických zařízení. Z uvedených důvodů soud nepovažoval za přiléhavá rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 22/2012 – 53 a č. j. 5 Afs 13/2013 – 30, na která v doplnění žaloby odkazovala žalobkyně, protože v obou uvedených rozhodnutích byl posuzován stav, kdy byl provoz výherních přístrojů řádně povolen a správní soudy shodně konstatovaly, že v takovém případě není pronajímatel prostor, ve kterých jsou výherní přístroje umístěny, v právním slova smyslu provozovatelem výherních přístrojů (tím je držitel povolení k jejich provozování). Pokud však nad rámec přenechání části nebytových prostor do užívání provozovatelům výherních přístrojů vykonává další běžné činnosti nezbytné pro řádný provoz těchto přístrojů, lze jej označit za provozovatele v ekonomickém slova smyslu. Právní názory Nejvyššího správního soudu tak podle přesvědčení soudu nebrání tomu, aby za osobou odpovědnou za nepovolený provoz loterií byli určeni také pronajímatelé nebytových prostor, ve kterých jsou přístroje umístěny, pokud vykonávající činnosti podle § 4 odst. 3 zákona o loteriích, byť nejsou faktickými majiteli příslušných vědomostních zařízení.

[8] Krajský soud nepřisvědčil ani námitce narušení legitimního očekávání. Žalobkyně neoznačila žádná konkrétní rozhodnutí správních orgánů nebo soudů řešící skutkově obdobné věci, od kterých se měly správní orgány odchýlit.

II. Kasační stížnost

[9] Proti rozsudku krajského soudu brojí žalobkyně (stěžovatelka) kasační stížností.

[10] V ní předně namítá, že se krajský soud nesprávně vypořádal s otázkou prekluze. Stěžovatelka připouští, že námitku prekluze v žalobě nevznesla, jde však o otázku, kterou soud zkoumá i bez návrhu. Protokol z poslední kontroly byl vyhotoven dne 15. 7. 2015. Rozhodnutí žalovaného nabylo právní moci dne 10. 8. 2016. Pokud § 43 odst. 3 (*správně § 48 odst. 3*, pozn. soudu) zákona o loteriích stanoví, že pokutu lze uložit do jednoho roku ode dne, kdy se orgán oprávněný k uložení pokuty o porušení povinností dozvěděl, byla pokuta uložena až po uplynutí prekluzivní lhůty.

[11] Stěžovatelka nesouhlasí ani se závěrem krajského soudu, který ji považoval za provozovatelku a organizátorku loterie. Provozovatelem technických zařízení umístěných ve stěžovatelčině provozovně a užívaných na základě nájemní smlouvy zcela jistě není stěžovatelka, nýbrž smluvní partner a provozovatel internetových zařízení, společnost Gletran. Stěžovatelka pouze na základě podnájemní smlouvy smluvnímu partnerovi přenechala do užívání část prostor v dané provozovně, za což měla přislíbenou úhradu podnájemného stanovenou procentem z výnosu daných zařízení. Stěžovatelka nezajistila umístění přístrojů v provozovně, tento závěr není ve spisu ničím podložen. Stejně tak chybí vysvětlení, co rozumí správní orgány „zajišťováním běžné údržby TZ QUIZ“. Stěžovatelka nepopírá, že její zaměstnanci vypláceli výhry a vybírali finanční prostředky z technických zařízení. Činili tak ale jménem a na účet společnosti Gletran na základě pověření k nájemním smlouvám. Správní orgány i krajský soud v tomto ohledu zcela pominuly skutkový stav a vyvodily z něj nesprávný právní závěr. Ze skutečnosti, že nájemné bylo stanoveno procentem z výnosu, nelze dovozovat, že stěžovatelka provozovala či organizovala loterie. Z judikatury nadto plyne, že stanovení výše nájmu procentuálním podílem na výnosu z technických zařízení je v oblasti loterií standardní. Ani úhrada elektřiny a internetu stěžovatelkou neznamená, že jde o provozování loterie. Jedná se o součást plnění z nájemní smlouvy a úhrada za tyto služby a energie je zahrnuta v úhradě nájemného stanoveného procentem z výnosu. Stěžovatelka má nadále za to, že ji lze hodnotit jako provozovatele jedině v ekonomickém smyslu, nikoli ve smyslu právním. Podle stěžovatelky není správný závěr krajského soudu, že na věc nelze aplikovat odkazovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, protože nyní jde o nepovolenou loterii. O tom, zda se jedná o nepovolenou loterii či nikoliv byla stěžovatelka s jistotou vyrozuměna až vydáním rozhodnutí žalovaného. Do toho okamžiku tato právní otázka nebyla postavena najisto. Není proto důvod kvůli následnému posouzení technických zařízení jako nepovolené loterie zpětně činit rozdíl mezi stěžovatelkou jako pronajímatelem a její činností od činnosti jiných pronajímatelů pro jiné loterijní společnosti, které jsou obsahově zcela totožné.

[12] Správní orgány se vůbec nezabývaly povahou tzv. otázky poslední záchrany. Ta způsobuje, že zde chybí prvotní znak loterie – absolutní nenávratnost vkladu; případný neúspěšný soutěžící ve vědomostní soutěži má zcela ve své dispozici možnost získat počáteční vklad zpět. Jak s ním dále naloží, již není podstatné. Krajský soud tuto okolnost nesprávně vyhodnotil jako nepodstatnou. Dle stěžovatelky soud taktéž pochybil, pokud se odmítl zabývat skutečnostmi jako je přítomnost tlačítka „info“ v soutěži, ačkoli je stěžovatelka doplnila po dvouměsíční lhůtě pro podání správní žaloby. Tato další tvrzení a námitky jen dokreslují zcela nedostatečně zjištěný skutkový stav, ačkoli je zcela zřejmé, že o těchto skutečnostech správní orgány z úřední činnosti věděly již od roku 2014, přesto je opomenuly.

[13] Stěžovatelka navrhuje, aby soud zrušil rozsudek krajského soudu společně s rozhodnutím správních orgánů obou stupňů, případně aby pouze zrušil rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[14] Žalovaný se ke kasační stížnosti nevyjádřil.

III. Posouzení věci

[15] Soud nejprve hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení. Dospěl k závěru, že kasační stížnost má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou. Důvodnost kasační stížnosti poté posoudil v mezích uplatněných námitek. Současně zkoumal, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž je povinen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[16] Kasační stížnost je důvodná.

III.a) Prekluze práva uložit pokutu

[17] Soud se v prvé řadě zabýval námitkou, podle které došlo k prekluzi práva uložit pokutu za správní delikt. Stěžovatelka sice tuto námitku vznesla poprvé až v kasační stížnosti, nejedná se však o námitku nepřípustnou ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s., neboť soudy ve správním soudnictví (včetně Nejvyššího správního soudu) jsou povinny přihlížet k prekluzi práva z úřední povinnosti (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 5. 2. 2009, sp. zn. II. ÚS 1416/07, a ze dne 26. 2. 2009, sp. zn. I. ÚS 1169/07, rozsudek NSS ze dne 16. 4. 2010, č. j. 7 As 11/2010 – 134, č. 2122/2010 Sb. NSS, aj.).

[18] Podle § 48 odst. 3 zákona o loteriích lze pokutu uložit do jednoho roku ode dne, kdy se orgán oprávněný k uložení pokuty o porušení povinností nebo ztrátě oprávnění dověděl, nejpozději však do tří let ode dne, kdy k porušení povinnosti nebo ztrátě oprávnění došlo.

[19] Pod pojmem „dozvědění se“ o porušení povinnosti (resp. zjištění porušení povinností) judikatura rozumí nikoli pouhou vědomost správního orgánu, resp. jeho pracovníků o porušení zákona, nýbrž kvalifikované zachycení „zjištění porušení povinností“ ve správním spisu (srov. rozsudek ze dne 29. 6. 2011, č. j. 1 As 64/2011 – 83, nález Ústavního soudu ze dne 17. 3. 2010, sp. zn. I. ÚS 948/09).

[20] V souzené věci je podstatné, že správní delikt, kterým byla stěžovatelka uznána vinnou, spočíval v tom, že nejméně od 1. 3. 2015 do 30. 11. 2015 provozovala ve čtyřech provozovnách loterie a jiné podobné hry (konkrétně vědomostní soutěže a kvízy) bez platného povolení Ministerstva financí. Jednání stěžovatelky tedy spočívalo v tom, že vyvolala protiprávní stav, který po určitou dobu udržovala. Jak vyslovil soud již v rozsudku ze dne 22. 2. 2005, č. j. 5 A 164/2002 – 44, č. 832/2006 Sb. NSS, správní delikt, jímž pachatel vyvolá protiprávní stav, který posléze udržuje, popřípadě jímž udržuje protiprávní stav, aniž jej vyvolal, je považován za trvající správní delikt. *„Jednání, jímž pachatel udržuje protiprávní stav, závadný z hlediska správního práva, tvoří jeden skutek a*

jeden správní delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání, tj. až do okamžiku odstranění protiprávního stavu. Lhůta pro uložení pokuty, případně pro zahájení řízení o uložení pokuty, může začít běžet teprve od okamžiku ukončení trvajícího správního deliktu. Pokaždé, kdy se správní orgán dozví, že protiprávní stav je delikventem pořád udržován, tj. že stále nedošlo k ukončení trvajícího jiného správního deliktu, počne vždy běžet nová subjektivní lhůta k uložení pokuty, resp. k zahájení řízení o uložení pokuty.“

[21] Stěžovatelka odvíjí počátek jednoroční lhůty k uložení pokuty od vyhotovení protokolu o poslední kontrole, tj. od 15. 7. 2015. Tento okamžik by byl rozhodný pro posouzení běhu prekluzivní lhůty v případě jednorázového správního deliktu. Jak již soud zdůraznil výše, v souzené věci byla stěžovatelka potrestána za spáchání deliktu trvajícího, u nějž je počátek běhu prekluzivní lhůty dán vždy, když se správní orgán dozví, že je protiprávní stav stále udržován. Specializovaný finanční úřad při ústním jednání konaném dne 22. 2. 2016 z předloženého účetního deníku zjistil, že stěžovatelka technická zařízení provozovala minimálně do 30. 11. 2015. Správní orgán se tedy kvalifikovaně dozvěděl, že i po provedených kontrolách minimálně do 30. 11. 2015 stěžovatelka protiprávní stav udržovala, a správně proto tento okamžik označil jako den určující počátek běhu jednoleté prekluzivní lhůty (srov. např. s. 14 prvostupňového rozhodnutí). Poslední den prekluzivní lhůty připadl na 30. 11. 2016. Rozhodnutí žalovaného nabylo právní moci dne 10. 8. 2016. Právo uložit pokutu tedy prekludováno nebylo; tato námitka není důvodná.

III.b) Povaha kvízomatů jako loterie

[22] Soud se nejprve zaměřil na to, zda krajský soud postupoval správně, pokud se pro opožděnost odmítl zabývat většinou stěžovatelčiny argumentace obsažené v doplnění žaloby ze dne 3. 10. 2017.

[23] Řízení před správními soudy je ovládáno dispoziční a koncentrační zásadou, proto již v žalobě musí být uplatněny všechny důvody nezákonnosti napadeného správního rozhodnutí nebo všechny vady řízení, které jeho vydání předcházelo, a to ve lhůtě vymezené v § 72 odst. 1 ve spojení s § 71 odst. 2 s. ř. s. Soudní řád správní neumožňuje, aby žalobce vznášel nové námitky po uplynutí lhůty pro podání žaloby. Žaloba není pouze formální náležitostí pro řízení před soudem, ale je potřeba v ní vymezit veškeré rozhodné skutečnosti (srov. např. rozsudky ze dne 29. 12. 2004, č. j. 1 Afs 25/2004 – 69, ze dne 17. 12. 2007, č. j. 2 Afs 57/2007 – 92, ze dne 16. 9. 2008, č. j. 8 Afs 91/2007 – 407, či ze dne 16. 12. 2009, č. j. 6 A 72/2001 – 75). Také Ústavní soud potvrdil, že s ohledem na efektivnost soudního řízení zákonodárce koncentroval řízení před krajskými soudy tím, že stanovil lhůtu k podání správní žaloby v délce dvou měsíců, přičemž žalobce musí v uvedené lhůtě předložit veškeré žalobní body (viz nálezy ze dne 30. 3. 2009, sp. zn. IV. ÚS 2701/08, či ze dne 1. 12. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 17/09, bod 39).

[24] Pokud žalobce doplní žalobu po uplynutí dvouměsíční lhůty pro podání žaloby o další argumenty, je třeba rozlišit, zda tyto argumenty pouze upřesňují či podrobněji rozvíjejí námitky uplatněné v žalobě, nebo zda nepřípustně rozšiřují žalobu o další žalobní body (viz rozsudky ze dne 28. 7. 2005, č. j. 2 Azs 134/2005 – 43, č. 685/2005 Sb. NSS, nebo ze dne 26. 8. 2013, č. j. 8 As 70/2011 – 239).

[25] V žalobě ze dne 7. 10. 2016 (zejména část V. *K vědomostním zařízením jako loteriím*) stěžovatelka uvedla k povaze technických zařízení následující argumenty: stanovisko Ministerstva financí je nezávazným výkladovým stanoviskem, žalovaný i Ministerstvo financí se při svém výkladu odchylují od zákona a interpretují ho extenzivně, v případě vědomostních technických zařízení o závěrečné prohře nebo výhře nerozhoduje náhoda, ale objektivní znalost či neznalost vědomostní otázky, v případě prohry vložených finančních prostředků nabízí zařízení na závěr možnost odpovědi na položenou otázku, kdy v případě správné odpovědi jsou veškeré vložené ztracené prostředky vráceny a je připsána další odměna ve výši 5 % - je tedy zřejmé, že účastník neprohrává své veškeré prostředky na základě náhody, nýbrž na základě nezodpovězení vědomostní otázky.

[26] V podání ze dne 3. 10. 2017 označeném *Doplnění vyjádření žalobce* stěžovatelka uvedla, že v České republice jsou provozovány různé typy kvízomatů a správní orgány všechny typy směšují dohromady, ačkoli jsou mezi nimi zásadní rozdíly z hlediska principů jejich fungování. V rámci posuzování konkrétního zařízení je třeba zaměřit se na jejich rozdílnost. Ministerstvo financí svým stanoviskem ze dne 24. 7. 2014 vyvolalo vlnu hysterie o nelegálnosti všech kvízomatů bez rozdílu. Veškeré skutkové závěry finančních orgánů ohledně vědomostní soutěže jsou založeny na několikaminutovém šetření úředníků v baru, jedné až dvou odehraných otázkách, aniž by byly řádně zjištěny principy hry.

[27] Dále uvedla, že v případě zařízení umístěných v prostorách pronajímaných stěžovatelkou, má soutěžící před uzavřením sázky informaci o výši výhry v další nabízené soutěžní otázce prostřednictvím tlačítka Info a je tedy na něm, aby se rozhodl, zda uzavře další sázku. Závěr správních orgánů, že prvek náhody spočívá v náhodném přidělení hodnoty otázce (náhodným zastavením válců a liniovým zobrazením výše výhry) a soutěžící neví, proč je ta která hodnota otázce přidělena, nemá oporu v provedeném dokazování. Výše výhry v další nabízené otázce je totiž soutěžícímu předem známa. Z hlediska toho, zda soutěžící bude znát správnou odpověď, nelze v žádném případě hovořit o náhodě ve smyslu zákona o loteriích. Správné zodpovězení otázky je zcela v dispozici soutěžícího. Neznámá okolnost nebo náhoda ovlivňující výši výhry musí být takového rázu, že soutěžící v okamžiku uzavírání sázky neví, kolik vyhraje, a nemá možnost to zjistit. Tvrzení správních orgánů, že výše výhry je soutěžícímu přidělena náhodně liniovým zobrazením válců až po zobrazení textu otázky (až po učinění vkladu) je zcela nepravdivé. U posuzovaných technických zařízení je výše výhry soutěžícímu sdělena vždy předem (tlačítko Info). Pracovníci finančních úřadů však v rámci kontrol až na výjimky tlačítko Info neprověřují.

[28] Stěžovatelka také uvedla, že dle jejího názoru nelze hovořit o absolutní nenávratnosti zaplaceného vkladu. Soutěžící má v kterékoli fázi možnost soutěž ukončit a nechat si vyplatit zbývající kredit. Nadto, pokud přijde o celý svůj kredit, dostane nabídku tzv. otázky poslední záchrany. První znak loterie, nenávratnost vkladu, tedy absentuje. K ověření přítomnosti otázky poslední záchrany navrhla stěžovatelka zpracování znaleckého posudku a předvedení technického zařízení přímo u soudu.

[29] Ze shrnutí žalobních námitek je nepochybné, že stěžovatelka od počátku popírala přítomnost prvku náhody u dotčených technických zařízení, neboť dle jejího názoru o výhře a prohře rozhodují toliko znalosti soutěžících. Podle soudu proto představuje

argumentace obsažená ve vyjádření ze dne 3. 10. 2017, kterou stěžovatelka dále zpochybňovala přítomnost prvku náhody, toliko podrobnější rozvinutí argumentace obsažené v původní žalobě, nikoli její nepřípustné rozšiřování. Tento závěr se týká zejména argumentu možností nahlédnout na hodnotu budoucí otázky prostřednictvím tlačítka Info. Krajský soud nepostupoval správně, pokud se odmítl pro opožděnost touto stěžovatelčinou argumentací věcně zabývat. Tím, že se vůbec nezabýval částí stěžovatelčiny argumentace, pak zatížil napadený rozsudek nepřezkoumatelností (srov. rozsudky ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 – 73, č. 787/2006 Sb. NSS, či ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004 – 74).

[30] Krajský soud naopak nepochybil, pokud se věcně nezabýval námitkou nedostatečně zjištěného skutkového stavu spočívajícího ve směšování typů vědomostních technických zařízení, neboť nebyla řádně uplatněna v žalobě, ale poprvé až ve vyjádření ze dne 3. 10. 2017, tedy opožděně.

[31] Soud pak shledal napadený rozsudek nepřezkoumatelný ještě z jednoho důvodu. Stěžovatelka v žalobě argumentovala existencí tzv. otázky poslední záchrany, kterou popisuje jako možnost odpovědět na poslední otázku poté, co hráč přišel v důsledku nesprávných odpovědí o vložené prostředky. V případě správné odpovědi na otázku poslední záchrany pak hráč obdrží zpět všechny vložené prostředky navýšené o 5 %. Dle popisu tohoto mechanismu nejde o tzv. bank otázek (situaci, kdy hráč na otázky neodpovídá, ale ukládá je do banku, kde je může směnit za jednu otázku, jejíž hodnota odpovídá součtu hodnot nezodpovězených otázek), kterým se žalovaný zabýval na s. 10 rozhodnutí.

[32] Krajský soud se žalobní námitkou herní varianty spočívající v tzv. otázce poslední záchrany věcně zabýval, ačkoli (jak sám v odůvodnění rozsudku konstatuje) žalovaný ve svém rozhodnutí tuto námitku zcela opomněl vypořádat, a to i přesto, že byla řádně uplatněna v odvolání. S ohledem na shora uvedené byl již v řízení před krajským soudem dán důvod zrušit napadené rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s., tj. pro nepřezkoumatelnost, neboť rozhodnutí žalovaného nebylo z hlediska žalobní námitky existence tzv. otázky poslední záchrany způsobilé soudního přezkumu. Krajský soud však této žalobní námitce nepřisvědčil a napadené rozhodnutí přezkoumal. Tím zatížil vadou nepřezkoumatelnosti i vlastní rozsudek (srov. rozsudky ze dne 13. 6. 2007, č. j. 5 Afs 115/2006 – 91, nebo ze dne 27. 6. 2011, č. j. 4 As 21/2011 - 60).

[33] Zatím zjištěné skutkové okolnosti vůbec nedokumentují existenci herní varianty spočívající v tzv. otázce poslední záchrany. Soud předpokládá, že existují dvě možná vysvětlení – buď tato herní varianta nebyla u technických zařízení přítomna, nebo sice přítomna byla, ale správní orgán ji při prováděných kontrolách nezkoumal a následně nijak nezdokumentoval. Vzhledem k tomu, že se žalovaný k této odvolací námitce nijak nevyjádřil, nemá Nejvyšší správní soud nyní dostatek podkladů k tomu, aby rozhodl, který z uvedených scénářů je správný. Nemůže se proto ani kvalifikovaně vyjádřit k tomu, zda případná existence tzv. otázky poslední záchrany mohla mít vliv na posouzení technických zařízení jako loterií, neboť není jisté, zda je taková herní varianta vůbec možná, a pokud ano, jaký je její skutečný průběh. Jde přitom o otázku pro věc zásadní, neboť se týká posouzení dotčených technických zařízení jako loterií.

[34] Vzhledem k tomu, že rozsudek krajského soudu je v části týkající se posouzení technických zařízení nepřezkoumatelný, nemůže kasační soud v tuto chvíli definitivně vyřešit otázku, zda bylo správné jejich podřazení pod pojem loterie nebo jiná podobná hra ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o loteriích.

[35] Nad rámec však soud pro účely dalšího řízení odkazuje na rozsudek ze dne 17. 10. 2018, č. j. 1 As 136/2018 – 32, ve kterém se zabýval posouzením technických zařízení s vědomostní soutěží vytvořenou společností Verdex a provozovaných společností Vindaron Pro s. r. o. Zde dospěl k závěru, že tato technická zařízení spadají pod definici loterie nebo jiné podobné hry ve smyslu zákona o loteriích. Pro posouzení přítomnosti prvku náhody u těchto zařízení bylo 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. Za tuto předem neznámou okolnost ovlivňující výhru či prohru soud považoval hodnotu přidělenou jednotlivým otázkám. Podstatné dle soudu bylo, že i přes správnou odpověď na položenou otázku může dojít k prohře, neboť v důsledku hodnoty přidělené otázce může dojít k situaci, kdy hodnota otázky je nižší než sázka na tuto otázku. Jinak řečeno, u dotčených her – vědomostních kvízů – je přítomna okolnost, kterou hráč nemůže ovlivnit a která má současně přímý vliv na to, zda dojde k (celkové) výhře nebo prohře.

[36] Na tom dle soudu nic neměnila ani skutečnost, že hráč může před učiněním sázky na jednotlivou otázku nahlédnout dopředu na její hodnotu a hru případně ukončit. Možnost takového postupu totiž jednak nic nemění na tom, že hodnota je otázce přidělována zcela náhodně, bez možnosti ovlivnění procesu přidělení hodnoty. Podstatné pak je, že hráči je takto odhalena hodnota nejblíže 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. Nebýt náhodného přidělování hodnot otázkám, nebylo by reálné ani dosažení výhry. Co se týče možnosti vystoupit ze hry po odhalení hodnoty následující otázky, konstatuje soud, že jde o okolnost, která se vztahuje spíše k posouzení prvku dobrovolnosti účasti na hře, nikoli prvku náhody.

III.c) Provozování loterie

[37] I přesto, že rozsudek krajského soudu je stižen vadou nepřezkoumatelnosti, pro kterou je třeba jej zrušit, považuje soud za účelné vyjádřit se též k druhé sporné právní otázce, a to zda stěžovatelka mohla být uznána vinnou ze spáchání správního deliktu podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích. Obstojí-li totiž v dalším řízení právní závěry žalovaného stran povahy dotčených technických zařízení, bude se muset opětovně zabývat i touto otázkou.

[38] Podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích uloží finanční úřad pokutu do výše 10.000.000 Kč 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.

[39] Podle § 4 odst. 1 mohou být loterie a jiné podobné hry provozovány pouze na základě povolení vydaného příslušným orgánem. Podle § 4 odst. 4 může být povolení k provozování a jiných podobných her vydáno pouze právnické osobě, která má sídlo na území České republiky. Povolení nelze vydat tuzemské právnické osobě se zahraniční majetkovou účastí ani právnické osobě, ve které má tato společnost majetkovou účast. Podle § 1 odst. 7 téhož zákona může být *provozovatelem loterie* nebo jiné podobné hry jen právnická osoba se sídlem na území České republiky, které oprávněný orgán vydal povolení k provozování loterie nebo jiné podobné hry.

[40] Podle § 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. Provozováním loterií se také rozumí vykonávání všech dalších činností, které provozovateli ukládají jiné právní předpisy.

[41] Podle stěžovatelky zjištěné skutkové okolnosti neodůvodňují závěr, že provozovala dotčená technických zařízení.

[42] Zjištěné skutkové okolnosti jsou tyto: Stěžovatelka se zabývá hostinskou činností a provozuje hostinská a restaurační zařízení v Třinci, Bílovci a Ostravě. Na základě nájemních smluv pronajala od 1. 3. 2015 na dobu neurčitou část svých čtyř provozoven (Lidový dům, Herna Fajront, A-BAR a Herna JPS) společnosti Gletran. Stěžovatelka se těmito smlouvami zavázala přenechat Gletranu k dočasnému užívání část prostoru sloužícího k podnikání a Gletran se zavázal platit stěžovatelce nájemné. Účelem nájmu dle těchto smluv byla podnikatelská činnost nájemce prostřednictvím internetových zařízení. Výše nájemného byla stanovena jako 35 % z celkového výnosu, kterým se rozumí výnosy získané v příslušném kalendářním měsíci z provozu všech internetových zařízení po odečtení DPH v zákonné výši a srážkové daně z odměn nad 10.000 Kč. Podkladem pro výpočet nájemného je měsíční vyhodnocení soutěže. Povinností pronajimatele dle smluv bylo mj. jiné zajištění řádného technického stavu pevných elektrorozvodů, dodržování čistoty v pronajatých prostorách, běžná zevní údržba internetových zařízení umístěných v pronajatých prostorách, plnění předpisů z oblasti požární ochrany a ochrany životního prostředí. Ke každé nájemní smlouvě pak bylo připojeno pověření od Gletranu pro stěžovatelčiny zaměstnance (pracující v jednotlivých provozovnách) k předání odměn účastníkům znalostní soutěže. Z výpovědi jednatele stěžovatelky při ústním jednání vyplynulo, že technická zařízení do provozoven umístil, zapojil a instaloval Gletran. Stěžovatelka zajišťovala výplatu výher, připojení do elektrické sítě a k internetu a výběr hotovosti ze zařízení. Stěžovatelka si po vyúčtování ponechala příslušnou část tržby a zbytek předala v hotovosti zástupkyni společnosti Gletran. Údržbu a servis zařízení zajišťoval Gletran. V pravidlech soutěže obsažených v technických zařízeních je uvedeno, že vědomostní soutěž je pořádána společnosti Gletran.

[43] Nejvyšší správní soud se shoduje se správními orgány i krajským soudem v tom, 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.

[44] Krajský soud i správní orgány správně odlišily nyní posuzovaný případ od věcí řešených Nejvyšším správním soudem v rozsudcích 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. V obou těchto věcech totiž existovala osoba, která disponovala povolením k provozování výherních hracích přístrojů, a byla tedy „provozovatelem v právním smyslu“, tedy tak, jak je definován v § 1 odst. 7 zákona o loteriích (právnická osoba, které příslušný orgán vydal povolení). V takovém případě již pronajímatel nemohl být označen jako „provozovatel v právním smyslu“, neboť by nenaplňoval znaky obsažené v zákonné definici provozovatele; soud nicméně dospěl k závěru, že jde o „provozovatele v ekonomickém smyslu“. Jinými slovy, i zde soud dovodil, že pronajímatel výherní hrací přístroje „provozoval“.

[45] Soud zdůrazňuje, že 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 šířeji, 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.

[46] Soud připomíná, že odpovědnost za správní delikt podle § 48 odst. 1 písm. c) zákona o loteriích je odpovědností absolutní a objektivní, tedy odpovědností bez ohledu na zavinění (srov. rozsudek ze dne 27. 9. 2016, č. j. 5 As 36/2016 – 27). Zákon o loteriích nepřipouští žádný liberační důvod. Jestliže je odpovědnost za určitý delikt objektivní, pak se jedná o odpovědnost za následek, tj. bez ohledu na zavinění. Znamená to, že otázka zavinění se vůbec nezkoumá. Zkoumá se zejména naplnění obligatorních znaků objektivní stránky v dané věci dotčené skutkové podstaty, kterými jsou jednání, následek a příčinná souvislost mezi nimi. Stěžovatelčino tvrzení, že nemohla vědět, že se jedná o nepovolenou loterii (resp. že se o nelegálnosti loterií dozvěděla až z rozhodnutí žalovaného), tak nemá na posouzení její odpovědnosti za uvedený správní delikt žádný vliv.

[47] Proto každý, a je lhostejné, 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.

[48] Tato kasační námitka tedy není důvodná.

IV. Závěr a náklady řízení

[49] Soud shledal kasační stížnost důvodnou, proto napadený rozsudek krajského soudu zrušil. Vzhledem k tomu že vytýkané vady nejsou odstranitelné v řízení před krajským soudem, ale lze je odstranit toliko v řízení před správním orgánem, zrušil soud současně i rozhodnutí žalovaného, který je vázán v dalším řízení právním názorem vysloveným výše.

[50] Protože Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu a současně zrušil i rozhodnutí správního orgánu dle § 110 odst. 2 s. ř. s., je povinen rozhodnout kromě nákladů řízení o kasační stížnosti i o nákladech řízení, které předcházelo zrušenému rozhodnutí krajského soudu (§ 110 odst. 3, věta druhá, s. ř. s.). Náklady řízení o žalobě a náklady řízení o kasační stížnosti tvoří v tomto případě jeden celek; o jejich náhradě proto soud rozhoduje jediným výrokem vycházejícím z § 60 s. ř. s. (srov. rozsudek ze dne 19. 11. 2008, č. j. 1 As 61/2008 - 98).

[51] Žalovaný ve věci úspěch neměl, náhrada nákladů řízení mu proto nenáleží. Stěžovatelka měla ve věci plný úspěch, proto jí soud přiznal dle § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s., přiznal náhradu nákladů řízení proti žalovanému. Tyto náklady řízení jsou tvořeny částkou 9.000 Kč za soudní poplatky (soudní poplatek za žalobu ve výši 3.000 Kč, za návrh na přiznání odkladného účinku žalobě ve výši 1.000 Kč a za kasační stížnost ve výši 5.000 Kč) a dále náklady na zastoupení.

[52] Stěžovatelka byla v řízení o žalobě zastoupena advokátem, pro určení výše nákladů na zastoupení se užije vyhláška č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif). Nejprve šlo o JUDr. Milana Vašíčka, MBA, advokáta, který v řízení o žalobě učinil celkem tři úkony právní služby, kterými jsou převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby a replika k vyjádření žalovaného [§ 11 písm. a) a d) advokátního tarifu]. Za repliku k vyjádření žalovaného soud náhradu nákladů ovšem nepřiznává, neboť svým obsahem nepřinesla ve věci samé žádnou novou či podstatnou právní argumentaci, a nešlo tedy o účelně vynaložený náklad. Zastoupení stěžovatelky následně převzal Mgr. Michal Varmuža, advokát, který v řízení učinil dva úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení a doplnění žaloby). V řízení o kasační stížnosti učinil jeden úkon, a to podání kasační stížnosti [§ 11 písm. a) advokátního tarifu]. Za každý úkon právní služby náleží zástupci mimosmluvní odměna ve výši 3.100 Kč [§ 9 odst. 4 písm. d) ve spojení s § 7 bodem 5. advokátního tarifu]. Nejvyšší správní soud tedy přiznal zástupcům stěžovatelky odměnu za pět úkonů právní služby ve výši 5 x 3.100 Kč a paušální náhradu hotových výdajů ve výši 5 x 300 Kč (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu), tedy 17.000 Kč. Oba stěžovatelčini zástupci jsou plátci DPH, vypočtenou částku je tedy třeba zvýšit o 3.570 Kč, které odpovídají 21 % DPH. Náklady řízení tak celkem činí 29.570 Kč. Uvedenou částku je žalovaný povinen zaplatit

stěžovatelce k rukám jejího zástupce Mgr. Michala Varmuži, advokáta ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

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

V Brně dne 22. listopadu 2018

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu