



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Mgr. Jitky Zavřelové a soudců Mgr. Ing. Petra Šuránka a JUDr. Věry Šimůnkové ve věci žalobce: **M. a.s.**, se sídlem x, zastoupeného JUDr. Milenou Novákovou, advokátkou se sídlem Rooseveltova 37, 381 01 Český Krumlov, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 417/31, 602 00 Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí Finančního ředitelství v Praze ze dne 24. 10. 2012, č. j. 5449/12-1400-205632,

t a k t o :

- I. **Žaloba na zrušení rozhodnutí Finančního ředitelství v Praze ze dne 24. 10. 2012, č. j. 5449/12-1400-205632, se zamítá.**
- II. **Pokuta uložená rozhodnutím Finančního ředitelství v Praze ze dne 24. 10. 2012, č. j. 5449/12-1400-205632, se snižuje na částku 2.500.000,- Kč (dva miliony pět set tisíc Kč).**
- III. **Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.**

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení rozhodnutí Finančního ředitelství v Praze ze dne 24. 10. 2012, č. j. 5449/12-1400-205632, kterým bylo zamítnuto odvolání žalobce proti rozhodnutí Finančního úřadu Praha – západ ze dne 3. 7. 2012, č. j. 232382/12/060550203350, jímž mu byla uložena pokuta ve výši 7.100.000,- Kč podle ustanovení § 48 odst. 1 písm. c) zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění zákona č. 458/2011 Sb. (dále jen „loterijní zákon“) za porušení ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona spočívající v provozování zákonem zakázaných spotřebitelských loterií, a to akce „1 z 5 zadarmo“ a losování o 16 automobilů značky Ford S-MAX.

Působnost orgánu rozhodujícího o žalobcově odvolání přešla s účinností zákona č. 456/2011 Sb., o Finanční správě České republiky, ke dni 1. 1. 2013 na Odvolací finanční ředitelství, které se tak podle § 69 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) stalo žalovaným.

Žalobce namítal, že správní orgány posoudily věc nesprávně, a to po věcné i právní stránce. Neprovedly žalobcem navrhované důkazy, v důsledku čehož nebyl dostatečně zjištěn skutkový stav věci. Za podstatu sporu žalobce označil posouzení otázky, zda losování o 16 automobilů značky Ford S-MAX v lichých týdnech od 3. 1. 2012 do 1. 2. 2012, jakož i akce nazvaná „1 z 5 zadarmo“ ve dnech od 2. 1. 2012 do 4. 3. 2012, znamenaly porušení loterijního zákona, resp. zda uvedené akce pořádané žalobcem lze vůbec podřadit pod definici loterie dle ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona. Žalobce dále uvedl, že žalobce organizuje podobné akce již řadu let s tím, že tyto jsou zaměřeny na podporu prodeje zboží sezonního charakteru a označil je zároveň za cestu, jak zabránit negativním dopadům poklesu obrátu obchodní činnosti mimo sezónu, a to zejména s ohledem na udržení stavu zaměstnanců. Poukázal rovněž na skutečnost, že při pořádání shora uvedených marketingových akcí vycházel při stanovení podmínek a pravidel mimo jiné také z praktické zkušenosti s posouzením obdobné věci orgánem státního dohledu, kdy v roce 2006 byla žalobci orgánem prvního stupně uložena pokuta za jím pořádanou akci, v níž se hrálo o osobní automobil, přičemž Finanční úřad v Říčanech jako odvolací orgán vyhověl žalobcem podanému odvolání a napadené rozhodnutí tehdy zrušil. Pokud jde o povahu žalobcem pořádaných marketingových akcí, v této souvislosti žalobce odkázal na vyjádření Ministerstva financí ze dne 11. 5. 2006, v jehož rámci byly popsány herní koncepty marketingových akcí, které na základě analýz Ministerstva financí, Asociace provozovatelů mobilních sítí, Asociace mobilního marketingu, Asociace direct marketingu, Asociace provozovatelů soukromého vysílání, Rady pro reklamu a Tuesday Business Network a znaleckých posudků vypracovaných Akademií věd ČR a Univerzity Karlovy v Praze dle jejich názoru nejsou loterieri či jinými podobnými hrami ani spotřebitelskými loterieri ve smyslu loterijního zákona. Toto stanovisko Ministerstva financí, které má přímo vztah k posuzované věci, měl správní orgán brát v potaz, neboť jde o interní pokyn, který je pro něj závazný, což plyne i z vyjádření náměstka ministra financí pro daně a cla ze dne 8. 12. 2008.

Při konkretizaci žalobních bodů pak žalobce namítal, že v případě marketingové akce „1 z 5 zadarmo“ se jednalo o to, že každý zákazník mohl získat slevu 100 % z kupní ceny, pokud si zakoupil u žalobce zboží v minimální hodnotě 200,- Kč. Podstata této akce spočívala v tom, že zákazník po zakoupení zboží měl možnost losovat o slevu v hodnotě 100 % na technickém zařízení dodaném žalobci třetí osobou, které fungovalo tak, že zákazník sám tlakem na páku dával pokyn k vyřazení jednoho z celkem pěti míčků, jež se cyklicky pohybovaly uvnitř zařízení, přičemž jeden z těchto míčků měl jinou barvu než ostatní, a cílem bylo vyřadit právě míček jiné barvy, aby zákazník dostal slevu 100 %. Dle žalobce popsaná marketingová akce nesplňovala zákonné znaky loterie nebo jiné podobné hry podle ustanovení § 1 odst. 2 loterijního zákona, protože není možné jednání žalobce podřadit pod právní rámec loterijního zákona. Za prvé nebyla splněna podmínka „vkladu (sázky)“ a za druhé nebyla dána „náhodnost výhry“.

Pokud se jedná o prvek vkladu jakožto jedné ze základních podmínek loterie podle ustanovení § 1 odst. 2 loterijního zákona, žalobce tvrdí, že zaplacení kupní ceny zboží ze strany zákazníka nemá charakter vkladu či sázky. Aby se dalo hovořit o vkladu do hry, musela by být daná finanční částka uhrazena předem, samostatně a výhradně s úmyslem osoby zúčastnit se hry, přičemž návratnost vkladu není zaručena. Skutečnost, že by některý ze zákazníků žalobce zaplatil nad rámec kupní ceny ještě vklad do hry, ve správním řízení nebyla prokázána. Žalobce také poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 27. 9. 2006, č. j. 1 Afs 121/2005-73, dle něhož „(...) soutěž o věcné ceny (tři automobily a elektronické spotřebiče), kterou žalobkyně provozovala, vskutku nelze podřadit ani do jednoho z druhů loterií a jiných podobných her, jak jsou vymezeny v § 2 písm. a) – k) zákona o loteriích (...)“. Z uvedeného dle žalobce vyplývá závěr, že vedle podmínek

stanovených v § 1 odst. 2 loterijního zákona musí být splněny ještě také podmínky vymezené v § 2 loterijního zákona, tj. hry, které jsou regulovány loterijním zákonem, musí nést znaky tímto zákonem předpokládané. Správní orgány však nedůvodně a bez bližšího zdůvodnění posoudily zaplacenou kupní cenu jako vklad a vůbec se nezabývaly otázkou, zda marketingová akce žalobce splňuje podmínky ustanovení § 2 loterijního zákona.

Správní orgány také nesprávně zhodnotily marketingovou akci, pokud se jedná o náhodnost výhry ve smyslu ustanovení § 1 odst. 2 loterijního zákona. Dle tvrzení žalobce ve hře „1 z 5 zadarmo“ prvek náhodnosti splněn nebyl, neboť o výhře rozhoduje zákazník sám svým postřehem a šikovností. Správní orgány však tuto otázku po právní stránce posoudily nesprávně a k této skutečnosti neprovedly žádný další důkaz, protože rozhodovaly na základě neúplně zjištěného skutkového stavu. Žalobce namítá, že marketingová akce byla založena na postřehu zákazníka, který sám na základě vlastního uvážení určoval moment vyřazení jednoho z míčků, které se v technickém zařízení pohybovaly cyklicky a pravidelně. Žalobce spolu s výrobcem technického zařízení, společností S., s.r.o., se sídlem x učinili písemně „Prohlášení o losovacím zařízení“, v němž je uvedeno, že „míčky do losovacího zařízení vkládal vždy sám losující. Jedině ten mohl pořadí míčků, v jakém byly losovány, ovlivnit, a to pouze na základě svého postřehu a šikovnosti. Správní orgán toto prohlášení zcela pominul a uzavřel, že za určující považuje označení hry jako losování, aniž by zkoumal otázku nahodilosti výběru a náležitě posoudil ovlivnitelnost losování postřehem a šikovností zákazníka.

Správní orgány dle žalobce nesplnily důkazní povinnost ve smyslu ustanovení § 50 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 167/2012 Sb. (dále jen „správní řád“). Napadená rozhodnutí tak jsou založena na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu, což zakládá jejich nezákonnost. Bylo upřednostněno formální označení „losování“ před skutečným stavem věci, tj. možností ovlivnit výhru šikovností. Došlo také k porušení ustanovení § 52 správního řádu, neboť správní orgány neprovedly důkaz prohlášením výrobce herního technického zařízení, který žalobce navrhoval. Pokud pak žalovaný označuje důkaz předložený žalobcem za rozporný, bylo jeho povinností tento rozpor odstranit, obzvláště pokud šlo o rozhodující důkaz, o němž opírá své rozhodnutí.

Další spornou otázku žalobce spatřuje v posouzení části marketingové akce nazvané „automobil Ford S-MAX“, která dle názoru žalobce nebyla v rozporu s ustanovením § 1 odst. 5 loterijního zákona. V této souvislosti žalobce odkázal na shora uvedenou námitku absence vkladu či sázky. Této akce se mohl zúčastnit každý zákazník, který vyplnil kartu zákazníka, což není možné považovat za vklad nebo sázku ve smyslu loterijního zákona, jak nesprávně vyložily správní orgány. Výše zmíněné vyjádření Ministerstva financí má sice charakter jakési metodické pomůcky pro provozovatele akcí o ceny, nejedná se tedy o závazný výklad zákona, nicméně dle názoru žalobce je možné dovodit posouzení významu definičních znaků dle ustanovení § 1 loterijního zákona. Z definice marketingové soutěže dovozené Ministerstvem financí vyplývá dle žalobce podstatná skutečnost, kterou je nutnost splnění všech definičních znaků podle § 1 loterijního zákona, a to kumulativně, to znamená, že není-li splněn byť jen jediný znak, nejedná se o loterii či jinou podobnou hru nebo spotřebitelskou soutěž spadající pod regulaci loterijního zákona. Absence náhody tedy jednoznačně, v souladu s názorem Ministerstva financí, vylučuje působnost loterijního zákona na akce pořádané žalobcem. Správními orgány nebyla prokázána absence vůle při „losování“.

Dále žalobce namítal možnost dvojího výkladu veřejného práva s tím, že správní orgány použily výklad pro žalobce nejméně příznivý, pokud se jedná o vymezení institutu spotřebitelských loterií ve smyslu ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona. Ohledně zákonné definice spotřebitelské loterie je dle žalobce možný dokonce trojí výklad tohoto pojmu. První

výklad lze dovodit z rozhodnutí Finančního úřadu v Říčanech, který dospěl k závěru, že posuzovaná akce žalobce nazvaná „Kolo štěstí“, která zahrnovala také soutěž o osobní automobil, nespadá do působnosti loterijního zákona. Druhým možným výkladem je výklad použitý správními orgány v posuzované věci, kdy byl učiněn závěr, že na marketingovou akci „1 z 5 vyhrává“ s možností výhry osobního automobilu se ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona vztahuje. A konečně třetí výklad lze dovodit z vyjádření Ministerstva financí, když za určitých stanovených podmínek je možné na akci pohlížet jako na marketingovou akci, na niž loterijní zákon nedopadá. Posun ve výkladu práva je sice obecně přípustný, nicméně žalovaný v napadeném rozhodnutí přesně nevymezil, z čeho jiné právní posouzení vychází, kde shledal rozdíly ve skutkovém stavu, v čem je možné spatřovat shodu atd., přičemž názory vyslovené Ministerstvem financí vůbec nezohlednil. Jelikož se tedy žalovaný odchýlil od výkladu veřejně známého, pro účastníka řízení příznivějšího, založil tak nepřezkoumatelnost svého rozhodnutí pro nedostatek důvodů.

Pro případ, že by se soud neztotožnil s námitkami žalobce, tento navrhl snížení nepřiměřeně vysoké pokuty z částky 7.100.000,- Kč na 500.000,- Kč. Poukázal přitom na dva základní principy při ukládání trestu za správní delikt, kterými je vedena ustálená judikatura, a to zásadu zákonnosti trestu a jeho individualizace. Vzhledem k tomu, že loterijní zákon neupravuje výčet skutkových okolností, jež má správní orgán zohlednit při rozhodování o druhu a výši ukládané sankce, bylo třeba postupovat dle ustanovení § 12 odst. 1 zákona č. 200/1990 Sb., přestupkový zákon, ve znění zákona č. 237/2012 Sb. (dále jen „přestupkový zákon“), dle něhož by měl správní orgán při ukládání sankce přihlížet ke způsobu spáchání deliktu a jeho následkům, k okolnostem, za nichž byl daný delikt spáchán, k míře zavinění, pohnutkám pachatele, jakož i ke skutečnosti, zda a jakým způsobem byl pro týž skutek potrestán. Hledisky rozhodnými pro individualizaci trestu pak jsou závažnost správního deliktu, význam chráněného zájmu, který byl správním deliktem dotčen, způsob spáchání deliktu, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán. Shora uvedená kritéria žalobce dovodil z rozsudku NSS ze dne 30. 9. 2010, č. j. 7 As 71/2010-97. Tato kritéria však správní orgány nezohlednily, pročež žalobce považuje uložení pokuty ve výši 7.100.000,- Kč za libovůli ze strany správních orgánů a napadená rozhodnutí z tohoto důvodu pro nedostatek důvodů za nepřezkoumatelná a nezákonná. Žalobce správním orgánům vytýká, že při určení výše pokuty vycházely pouze z jediného kritéria, kterým je jakýsi laický výpočet údajného zisku žalobce, s tím, že bez zohlednění dalších shora uvedených hledisek se nemůže jednat o zákonně uloženou sankci. Žalobce argumentuje tím, že v dané věci žádnému ze zákazníků prokazatelně nevznikla žádná škoda, zákazníci mohli vždy pouze získat.

Žalobce dále zdůraznil výsledek správního řízení týkajícího se akce nazvané „Kolo štěstí“ a také akce „Do M. pro Cadillac“, které žalobce v minulosti organizoval a o nichž správní orgán k podanému odvolání rozhodl ve prospěch žalobce, když rozhodnutí orgánu prvního stupně zrušil s tím, že rozhodnutí odvolacího správního orgánu nebylo odůvodněno, z čehož žalobce dovozuje závěr, že byly shledány důvodnými všechny žalobcem uplatněné námitky, včetně námitky, dle níž na tento typ akcí loterijní zákon nedopadá. Nelze tedy z pohledu žalobce hovořit o úmyslném porušení zákona, nýbrž je třeba posoudit jednání žalobce jako jednání v omylu, což dle názoru žalobce odůvodňuje uložení sankce v dolní části zákonné sazby. Vycházel-li správní orgán v dané věci z amatérského výpočtu zisku žalobce dosaženého na základě marketingové akce, k tomu žalobce podotýká, že možný zisk je dán zohledněním mnohem většího počtu nákladů, které konečný výsledek obchodní činnosti ovlivňují, a to bez ohledu na skutečnost, zda je či není organizována marketingová akce. Žalobce poukázal rovněž na to, že z dosaženého zisku jsou do státního rozpočtu odváděny daně v nikoli zanedbatelné výši. Je třeba také mít na zřeteli, že škodlivé následky akce byly zcela minimální. Žalobce poukázal na složitost výkladu loterijního zákona, jakož i na možnost

změny právního výkladu ve vztahu ke stejným či obdobným skutkovým zjištěním, přičemž označil napadená rozhodnutí jako rozporná s názorem nadřízeného Ministerstva financí. Rozdílnost právních názorů orgánů veřejné správy je dle žalobce taktéž důvodem pro uložení sankce při samé dolní hranici zákonné sazby. Správní orgány v napadených rozhodnutích neuvedly legitimní cíle a principy veřejného práva odůvodňující uložení sankce, zřejmé je pouze to, že sankce byla uložena na základě zjištěného pravděpodobného zvýšení obratu žalobce marketingovou akcí a kolik lidí mohlo získat slevu z ceny.

A konečně žalobce poukázal na legislativní změny, které byly s účinností od 1. 1. 2012 zapracovány do loterijního zákona tzv. velkou novelou loterijního zákona, zákonem č. 300/2011 Sb. Tato novela přinesla mimo jiné změnu ustanovení § 48 loterijního zákona, která je dána především výší sankce, kdy do 31. 12. 2011 byla horní hranice pokuty stanovena v částce 500.000,- Kč, od 1. 1. 2012 je maximální možná výše pokuty až 10.000.000,- Kč. Žalobcem navržené snížení pokuty na částku 500.000,- Kč je tak sice v dolní polovině nově stanovené sazby, nicméně odpovídá maximální výši sankce do 31. 12. 2011, což je datum velmi těsně předcházející pořádané marketingové akci. S přihlédnutím k jednání žalobce v omylu, jakož i ke skutečnosti, že nikomu nevznikla škoda proto žalobce má za to, že pokuta ve výši 500.000,- Kč je adekvátní, pakliže soud dospěje k závěru, že žalobce porušil loterijní zákon.

Žalovaný předložil k výzvě soudu správní spis a písemné vyjádření k žalobě, v němž navrhl, aby soud žalobu pro nedůvodnost zamítl. V první řadě odkázal na odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí, a to pokud se jedná o argumenty obsažené v žalobě, které se shodují s námitkami uplatněnými žalobcem v rámci odvolacího řízení. Dále pak citoval ustanovení § 1 odst. 2 loterijního zákona, který definuje loterii v obecném smyslu a srovnal jej s ustanovením § 1 odst. 5 loterijního zákona, jež obsahuje úpravu speciální podskupiny loterií označenou jako „spotřebitelská loterie“. Uvedl, že spotřebitelská loterie je v loterijním zákoně pojmem *sui generis*, protože je také zmíněn jen a pouze v citovaném ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona a již nikde jinde v tomto zákoně. Dle žalovaného proto nelze směřovat pojem spotřebitelská loterie s pojmem loterie „běžné“, která se vyznačuje odlišnými definičními znaky, mezi něž patří mj. zaplacení vkladu (sázky), jehož návratnost se nezaručuje. Naproti tomu základní pojmové znaky spotřebitelské loterie jsou dva, a to že o výhře rozhoduje slosování nebo jiný náhodný výběr a podmínkou účasti v soutěži je nákup či účast na reklamní akci. Žalovaný tedy považuje námitky žalobce ohledně absence vkladu, jakož i nemožnosti podřazení předmětné akce „1 z 5 zadarmo“ pod ustanovení § 2 loterijního zákona za nedůvodné právě s odkazem na shora uvedené odlišnosti loterie a spotřebitelské loterie. Naplnění znaků spotřebitelské loterie u části hry „1 z 5 zadarmo“ je patrné již z bodu 1 pravidel akce žalobce, který stanoví, že „do akce bude zařazen každý zákazník, který v období akce provede nákup v minimální hodnotě 200,- Kč (...)“, ve spojení s bodem 10 pravidel akce, dle něhož je „účast ve hře vázána na vyplněnou kartu zákazníka, která slouží jako potvrzení o vybraném zboží, složené peněžní částce a po losování i o výsledku losování“. Pro část hry „automobil Ford S-MAX“ pak platí uvedené o vyplněné kartě zákazníka, podle bodu 11 pravidel akce „pokud chce účastník být zařazen do slosování o automobil Ford S-MAX, musí po ukončení nákupu na pokladně vlastnoručně vhodit kartu zákazníka do urny pro sběr karet zákazníka (...)“. Ze zákonné úpravy vyplývá, že vklad do hry je v případě spotřebitelských loterií nahrazen podmínkou nákupu zboží.

Pokud se jedná o námitku žalobce, dle níž se žalovaný náhodností výběru nijak nezabýval, žalovaný podotýká, že uvedenou námitku žalobce v odvolacím řízení neuplatnil. Tato námitka zazněla v řízení před orgánem prvního stupně, který se jí zabýval v odůvodnění svého rozhodnutí. V této souvislosti žalovaný odkazuje na ustanovení § 89 odst. 2 správního

řádu, který stanoví, že „správnost napadeného rozhodnutí se přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem.“ Žalovaný se proto námitkou nedostatku náhody nezabýval, avšak s hodnocením této otázky správním orgánem prvního stupně se zcela ztotožňuje, když žalobce předložil k prokázání svého tvrzení pouze „Prohlášení o losovacím zařízení“, které je rozporné, neboť výrobce nejprve uvedl, že zařízení respektovala požadavek na náhodný výběr míčků a vzápětí říká, že losování mohl losující ovlivnit. Další důkazy podporující tvrzení žalobce o ovlivnitelnosti výběru míčků šikovností zákazníka tento nepředložil, a tím nedostál své důkazní povinnosti. Žalovaný také poukázal na skutečnost, že z reklamního spotu je zřejmé, že výhra byla výsledkem náhodného výběru, a to s ohledem na rychlost pohybu míčků v losovacím zařízení, jakož i na možnost provést losování vždy pouze jedenkrát [podle bodu 10. f) pravidel akce], aniž by si tedy zákazník mohl nejprve vyzkoušet, jak zařízení na stisknutí páky reaguje a poté uplatnit svůj postřeh a šikovnost.

Žalovaný má s ohledem na výše uvedené skutečnosti za to, že byly splněny podmínky pro uložení pokuty podle § 48 odst. 1 písm. c) loterijního zákona, neboť žalobce naplnil zákonné znaky spotřebitelské loterie ve smyslu ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona, když spotřebitelské loterie jsou dle tohoto ustanovení zakázány.

K námitce dvojího, resp. trojího možného výkladu veřejného práva se žalovaný vyjádřil tak, že má za to, že prostor pro vícero výkladů zde nevidí, přičemž rozhodnutí Finančního úřadu v Říčanech z roku 2006 považuje za chybné, a je proto dle názoru žalovaného nepřipustné, aby byl žalobce opakovaně liberován od sankce, která mu měla být uložena již v uvedeném správním řízení v roce 2006 za principiálně shodné jednání naplňující znaky zakázané spotřebitelské loterie. Takto se však správní orgány vyjádřily již v napadených rozhodnutích.

Ve stanovisku Ministerstva financí, na které se žalobce odvolává, jsou popsány herní koncepty, jež nepodléhají regulaci loterijního zákona. Akce žalobce projednáváné v tomto řízení však nelze podřadit pod žádný z konceptů uvedený Ministerstvem financí. Toto netvrdil ani žalobce. Navíc toto stanovisko samo zmiňuje svou nezávaznost, přičemž jeho adresáty jsou provozovatelé akcí o ceny, nikoliv správní orgány. Stanovisko také není již delší dobu dohledatelné na webových stránkách Ministerstva financí, čímž Ministerstvo financí dalo jasně najevo, že právní názory v nich vyjádřené nepovažuje již za aktuální a ani správné. Správní orgány se tímto stanoviskem nezabývaly s ohledem na jeho deklarovanou právní nezávaznost, mimoto se žalobce poprvé o tomto stanovisku zmínil až v žalobě. Žalovaný tedy uzavírá, že z těchto důvodů nemohou být napadená rozhodnutí nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů, jak tvrdí žalobce.

Pokud se jedná o uloženou pokutu ve výši 7.100.000,- Kč, žalovaný uvádí, že správní orgány na základě principu legality jsou povinny stíhat všechny správní delikty, o nichž se dozví, přičemž možnost správního uvážení se vztahuje pouze na rozhodnutí o výši uložené pokuty. Jelikož ustanovení § 48 odst. 1 loterijního zákona nestanoví žádný výčet kritérií, k nimž je správní orgán při ukládání pokuty povinen přihlédnout, je rozhodující pouze to, aby výše sankce nebyla stanovena na základě libovůle správního orgánu a zároveň byla přezkoumatelná. Výše pokuty byla v daném případě zdůvodněna zejména majetkovým prospěchem získaným žalobcem, což žalovaný považuje za zcela souladné s účelem dotčených zákonných ustanovení. Je třeba přihlédnout také ke skutečnosti, že prospěch byl získán z činnosti, která je zákonem zakázána, a dále také k tomu, aby se zaplacení uložené pokuty takové osobě jednající v rozporu se zákonem nevyplatilo a v takové činnosti nadále nepokračovala. Dle žalovaného tohoto cíle lze dosáhnout pouze tak, že bude „odčerpána“ převážná část majetkového prospěchu získaného z protiprávní činnosti. Žalobce navíc ani

neuvedl, že by výše pokuty pro něho byla likvidační, pročez ve světle výše uvedeného nelze mít za to, že by výše sankce byla nepřiměřená. Žalovaný shrnuje, že námitky vznesené žalobcem jsou nedůvodné a navrhl zamítnout žalobu v celém rozsahu.

Na vyjádření žalovaného žalobce reagoval replikou tak, že nesouhlasí s tím, že by jím předložený důkaz k prokázání „nenáhodnosti“ výběru byl rozporný a namítá, že správní orgán, pakliže k tomuto závěru v rámci správního řízení dospěl, měl tento rozpor odstranit. V této souvislosti žalobce odkazuje na rozsudek NSS ze dne 30. 1. 2008, č. j. 2 Afs 24/2007-119, č. 1572/2008 Sb. NSS, v němž se uvádí, že „*smyslem a účelem důkazního řízení není daňový subjekt nachytat na nejasnostech, jež se v řízení objeví, nýbrž zjistit v potřebné míře rozhodné skutečnosti a případné nejasnosti odstranit, je-li to rozumně možné (...)*“.

Poukazem na závěr rozšířeného senátu NSS obsažený v usnesení ze dne 26. 8. 2008, č. j. 7 Afs 54/2007-62, č. 1742/2009 Sb. NSS, o tom, že „*žalobce je oprávněn uvést v žalobě všechny důvody, pro které považuje napadené správní rozhodnutí za nezákonné. Tomu nebrání skutečnost, že některé z nich neuplatnil již v odvolacím řízení, ač tak učinit mohl (...)*“, pak žalobce chce vyvrátit sdělení žalovaného o tom, že žalobce neuplatnil námitku proti zpochybnění náhodného výběru.

V souvislosti s žalobní námitkou nerespektování stanoviska Ministerstva financí správními orgány při rozhodování v této věci pak žalobce reagoval na vyjádření žalovaného o tom, že stanovisko je nezávazné, odkazem na vyjádření náměstka ministra financí Petera Chrenka ze dne 8. 12. 2008, který mj. uvedl, že „*na jedné straně nejde o závazný dokument, na straně druhé však vytváří oprávněné očekávání daňových subjektů, že pokud bude daňový subjekt takto postupovat, neměla by být jeho správnost správcem daně zpochybněna.*“ Žalobce tedy zastává názor, že správní orgány se stanoviskem Ministerstva financí jakožto interním pokynem pro správní orgány měl řídit a zohlednit všechny zákonné znaky loterie, tj. zejména také existenci sázky a náhodnosti výběru.

V průběhu jednání žalobce zopakoval dosavadní argumentaci a navíc zdůraznil, že marketingová akce byla připravována s několikaměsíčním předstihem a nemohla tedy být ze dne na den s přijetím novely loterijního zákona zrušena. Konala se navíc v prvních měsících platnosti novely, kdy ještě výkladová praxe nebyla ustálena, což dokládá i protokol o zahájení kontroly, kde se výslovně uvádí, že jde pouze o „možné porušení zákona“. Nové pokyny Ministerstva financí, s nimiž by se organizátoři marketingových akcí mohli seznámit, byly vydány až 31. 12. 2012, tj. po skončení akce. Uskutečnění akce žalobce nezpochybňuje, nicméně zpochybňuje, že by byl správním deliktem. V tomto případě zcela absentuje společenská nebezpečnost, protože od zákazníků nebyl vyžadován žádný vklad. Pouze si nakoupili zboží a byla jim dána možnost, aby svou šikovností získali zpět uhrazenou cenu. Již ve správním řízení žalobce správci daně nabízel, aby provedl důkaz vlastním losovacím zařízením a vyzkoušel jej fyzicky, takový důkaz však proveden nebyl. Konečně žalobkyně tvrdila, že uložená sankce je nesrovnatelně vyšší oproti sankcím, jež byly v té době ukládány např. za provozování výherních automatů. Sankce ani nezohledňuje to, že celá akce byla rozdělena do tří kroků a zákonu o loterii odporoval pouze poslední krok (losování o automobily). Přesto byla sankce kalkulována ze zisku ze všech kroků marketingové akce. Žalovaný u jednání pouze odkázal na písemné vyjádření a obsah napadeného rozhodnutí.

Z obsahu správního spisu vyplývá, že správní řízení bylo zahájeno na základě vlastního zjištění Finančního úřadu Praha – západ a zároveň k vnějšímu podnětu směřovanému původně Finančnímu úřadu v Říčanech a též Ministerstvu financí dvěma oznámeními ze dne 23. 2. 2012. Stěžovatelem byla předložena pravidla akce „1 z 5 ZADARMO“, která obsahují i pravidla soutěže o vůz FORD S-MAX, a též CD s reklamním spotem, který byl v té době vysílán v českých televizních stanicích. Po seznámení se

s obsahem spisu žalobce dne 8. 3. 2012 uplatnil u Finančního úřadu Praha – západ vyjádření, v němž požadoval zastavení řízení s odkazem na přiložené rozhodnutí Finančního úřadu v Říčanech ze dne 28. 4. 2006, č. j. 46999/06/059960/1090, jímž bylo k odvolání žalobce bez odůvodnění v rámci autoremedury zrušeno předchozí rozhodnutí téhož finančního úřadu, které žalobce sankcionovalo pokutou ve výši 500.000,- Kč za pořádání obdobné akce „DO M. PRO CADILLAC“. Dne 10. 4. 2012 (po předchozím spojení obou řízení do jednoho) Finanční úřad Praha – západ vyzval žalobce ke sdělení bližších podrobností o soutěžích, počtech zúčastněných a výši výher, na což žalobce dne 13. 4. 2012 odpověděl a přiložil i prohlášení společnosti S. s.r.o. o losovacím zařízení. Následně Finanční úřad Praha – západ přípisem ze dne 21. 5. 2012 žalobci předestřel do té doby zjištěné skutečnosti, na něž žalobce reagoval vyjádřením doručeným dne 8. 6. 2012, v němž zopakoval, že vycházel z presumpce správnosti a bezvadnosti již zmíněného rozhodnutí Finančního úřadu v Říčanech a že pořádané soutěže nenaplnují kumulativně stanovené znaky spotřebitelské loterie. Dne 3. 7. 2012 vydal Finanční úřad Praha – západ rozhodnutí, kterým byla žalobci podle ustanovení § 48 odst. 1 písm. c) loterijního zákona uložena pokuta ve výši 7.100.000,- Kč, a to z důvodu porušení ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona, a byla mu stanovena povinnost nahradit náklady řízení v částce 1.000,- Kč, to vše ve lhůtě do jednoho měsíce od právní moci rozhodnutí. Proti tomuto rozhodnutí pak podal žalobce dne 31. 10. 2012 odvolání k Finančnímu ředitelství v Praze, v němž vedle již zmíněných důvodů (kdy výslovně připustila, že o slevu 100 % bylo losováno) brojila i proti nepřiměřenosti výše uložené pokuty, upozorňovala na to, že se jedná o první porušení zákona, že nebyla upozorněna na změnu výkladu zákona a na to, že jí nelze klást k tíži, že pokračovala v akci v průběhu správního řízení, neboť o jeho běhu se dozvěděla pouhých 5 dnů před skončením akce a navíc takový závěr je v rozporu s presumpcí neviny. Finanční ředitelství v Praze však odvolání rozhodnutím ze dne 25. 10. 2012 (doručeným žalobci téhož dne) jako nedůvodné zamítlo a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně potvrdilo.

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v řízení podle části třetí prvního dílu hlavy druhé s. ř. s. Při přezkumu přitom vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.).

Podle § 1 odst. 1 loterijního zákona je provozování loterií a jiných podobných her zakázáno, s výjimkou případů stanovených tímto zákonem. Účelem tohoto zákona je vymezit rámec pro zákonem povolené podnikání v oblasti loterií a jiných podobných her a pro jejich provozování, přispět k ochraně osob, které se účastní loterií a jiných podobných her, a k omezení společenských rizik této účasti.

Podle § 1 odst. 2 loterijního zákona 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.

Podle § 1 odst. 5 loterijního zákona 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 nepeněžitě plnění, služby nebo ceny ve zboží a produktech apod., jestliže souhrn všech nepeněžitých výher za všechny provozovatelem provozované hry v peněžním vyjádření přesáhne za jeden kalendářní rok částku 200 000 Kč a hodnota jednotlivé výhry přesáhne částku 20 000 Kč. Provozování spotřebitelských loterií je zakázáno. Soutěže, ankety a jiné akce o ceny podle věty první a druhé provozované jedním provozovatelem, ve kterých souhrn nepeněžitých výher za jeden kalendářní rok nepřesáhne částku 200 000 Kč a hodnota jednotlivé výhry nepřesáhne částku 20 000 Kč, podléhají oznamovací povinnosti místně příslušnému finančnímu úřadu. Způsob stanoví Ministerstvo financí (dále jen „ministerstvo“) vyhláškou.

Podle § 48 odst. 1 písm. c) loterijního zákona pokutu do výše 10 000 000 Kč uloží finanční úřad uvedený v § 46 odst. 1 písm. c) právnické nebo fyzické osobě, která bez povolení, které by bylo oprávněno vydat ministerstvo, provozuje nebo organizuje loterii, tombolu nebo jinou podobnou hru, nebo ji provozuje v rozporu s tímto zákonem nebo poruší zákaz stanovený v § 1 odst. 5 nebo § 4 odst. 10.

Námitku žalobce, která spočívala v tvrzení, že jednáním žalobce nebyly naplněny všechny zákonné znaky loterie ve smyslu ustanovení § 1 odst. 2 loterijního zákona, zejména pak požadavek vkladu (sázky), soud neshledal důvodnou. Tento závěr soudu vychází ze skutečnosti, že žalobci byla uložena pokuta za provozování spotřebitelské loterie podle ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona, která nemusí splňovat podmínky loterie ve smyslu ustanovení § 1 odst. 2 loterijního zákona, jelikož se jedná o samostatně zákonem definovaný institut. Z dikce zákona je zřejmé, že úprava spotřebitelské loterie obsažená v § 1 odst. 5 je lex specialis ve vztahu k loteriím ve smyslu § 1 odst. 2 loterijního zákona, přičemž požadavek vkladu či sázky do loterie je u spotřebitelských loterií nahrazen podmínkou nákupu zboží nebo účasti na reklamní akci provozovatele akce, a tudíž se úprava § 1 odst. 2 loterijního zákona na spotřebitelské loterie nepoužije. Skutečnost, že spotřebitelská loterie není podkategorií loterií a jiných podobných her potvrzuje i textace ustanovení § 48 odst. 1 písm. c) loterijního zákona.

Druhá námitka žalobce směřovala k tomu, že v případě žalobcem pořádané marketingové akce nebyl dán základní předpoklad, kterým je prvek náhody výběru výherce. Žalobce argumentoval tím, že výsledek hry mohl být ovlivněn postřehem a šikovností zákazníka. Namítal také, že žalovaný se existencí náhody vůbec nezabýval a spokojil se pouze s formálním označením hry „losování“. Na podporu svých tvrzení ohledně absence náhodnosti pak žalobce již ve správním řízení předložil „Prohlášení o losovacím zařízení“, v němž výrobce technického zařízení spolu s žalobcem popsali vlastnosti losovacího zařízení. Dle názoru soudu k prokázání neexistence náhody při rozhodování o výhře nestačí samotný popis fungování zařízení, nýbrž je nutné prokázat reálnou možnost ovlivnit výsledek losování vlastním přičiněním losující osoby. Tvrzení žalobce, že výsledek losování závisel pouze na šikovnosti a postřehu losujícího, soud s ohledem na obsah reklamního spotu zachycený na CD, které bylo žalovaným doloženo ke správnímu spisu, přisvědčit nemohl, a to vzhledem ke skutečnosti, že pohyb míček v osudí byl natolik rychlý a nekoordinovaný, že skutečná možnost zachytit (vědomě) míček jiné barvy se prakticky rovná náhodě. Žalobce hovoří o pravidelnosti cyklického pohybu míček, jestliže se ale míčky pohybují volně v osudí, aniž by jejich dráha byla nějakým způsobem vymezena, nezbyvá než souhlasit se závěrem správního orgánu, že výběr výherců byl nahodilý, a tudíž prvek náhody nepochybně byl dán. Obdobně lze poukázat např. na usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 4. 2007, sp. zn. 6 Tdo 361/2007, nebo na usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 3. 2007, sp. zn. 11 Tdo 48/2007, která se zabývají otázkou nezákonnosti a trestnosti hry zvané „skořápky“ a uzavírají: „Člověk

běžných schopností není schopen tyto přesuny spolehlivě sledovat, resp. je postřehnout a zaznamenat, pročez za takové situace pouze hádá, kde se kolečko nachází a při jejich celkovém počtu tři je tedy pravděpodobnost provozovatele na výhru dvakrát vyšší. Je tedy zřejmé, že tato hra rovné možnosti výhry pro účastníky nezaručuje.” Nejvyšší soud zde též vyšel z toho, že není-li v silách člověka běžných schopností výsledek hry ovlivnit (byť i teoreticky takovou možnost má), je výsledek hry dán náhodně (tj. v daném případě v poměru 2:1 ve prospěch provozovatele).

Z definice spotřebitelské loterie obsažené v ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona vyplývají mj. dvě kumulativní podmínky, jejichž splnění je nutné pro naplnění „skutkové podstaty“ spotřebitelské loterie, a to skutečnost, že o výhře rozhoduje slosování či jiný náhodný výběr a že podmínkou účasti v soutěži je nákup nebo účast na reklamní akci pořadatele. Přitom podmínka nákupu je splněna tehdy, když jinak než nákupem si účast v soutěži zajistit nelze, což bylo v posuzovaném případě dáno tím, že zákazník si musel nejprve zakoupit v prodejně žalobce zboží v hodnotě alespoň 200,- Kč a vyplnit Kartu zákazníka, která sloužila jako doklad o zaplacení zboží, a teprve s Kartou zákazníka mohl být připuštěn k losování o slevu 100 %, případně o osobní automobil. S ohledem na princip uvedené hry přitom nelze hru rozdělovat uměle do jakýchsi tří kroků či stupňů, jak činí žalobce. Tomu, že se jedná o jedinou hru, nasvědčuje již jen samotný fakt, že její pravidla jsou stanovena jediným dokumentem, akce měla jediný název a byla propagována jednotným způsobem. I kdyby však soud připustil, že akce měla dvě samostatné alternativy (losování o slevu nebo losování o automobil), je třeba konstatovat, že obě tyto alternativy splňují parametry zakázané spotřebitelské loterie (výhra zakázaná zákonem a navázaná na nákup zboží).

Pokud žalobce odkazoval na 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“, toto vyjádření, jež soud provedl k důkazu, poskytuje určitý návod, jak se při pořádání spotřebitelské soutěže vyvarovat naplnění znaků spotřebitelské loterie tím, že uvádí výčet soutěžních konceptů, jež nepodléhají regulaci loterijního zákona. Mezi tyto koncepty patří vědomostní soutěže, kde o výherci rozhoduje objektivní správnost odpovědi; kreativní soutěže – vyhrává nejlepší příspěvek hodnocený zpravidla odbornou porotou; rychlostní a výkonové soutěže – výherce je určen na základě rychlosti či výkonu; soutěže s předem stanoveným pořadím (například každý desátý hlasující či odpovídající vyhrává) a soutěžní koncept „každý vyhrává“. V případě posledního jmenovaného konceptu navíc Ministerstvo financí výslovně upozorňuje, že „*Pokud by každý z účastníků obdržel určitou (zpravidla drobnou) výhru a následně by byl jeden z výherců dále vylosován a obdržel by hlavní výhru ve srovnání s ostatními výhrami značné hodnoty (automobil), jednalo by se již o náhodný výběr*“, tj. jinými slovy o zákonem zakázanou spotřebitelskou loterii. Jiný model Ministerstvo financí mezi doporučenými soutěžními koncepty neuvádí. Žalobce přitom žádný ze zmíněných konceptů nevyužil (resp. hodlá-li poukazovat na soutěžní koncept „každý vyhrává“, pak z něj vykročil i přes shora citované výslovné varování ve stanovisku Ministerstva financí), a proto se ani nemůže dovolávat legitimního očekávání s odkazem na toto stanovisko. Pokud jde o tvrzení žalobce, že jednal v omylu, k této námitce soud uvádí, odpovědnost podle loterijního zákona je odpovědností objektivní, která spočívá v odpovědnosti za vzniklý stav. Míra zavinění pachatele (ať věděl či nevěděl, zda jeho jednání je protiprávní) proto co do vzniku deliktní odpovědnosti žalobce není relevantní. Vzhledem k tomu jsou nepodstatné okolnosti, na základě nichž žalobce podle svého tvrzení v době provozování loterie považoval svoji činnost za zákonnou.

Žalobce se také odvolával na rozhodnutí Finančního úřadu v Říčanech ze dne

28. 4. 2006, č. j. 46999/06/059960/1090, kde byla předmětem přezkumu akce nazvaná „Kolo štěstí“, když v této věci bylo rozhodnutí téhož úřadu na základě odvolání žalobce zrušeno. Toto rozhodnutí založené i ve správním spise neobsahuje žádné odůvodnění a nejsou tedy známy jeho důvody. Již proto se o něj nelze opírat. Správní orgány nemohou být z hlediska požadavku kontinuity rozhodování ve skutkově obdobných věcech vázány takovým rozhodnutím. Důvodem zrušení totiž mohly být i toliko procesní vady, které znemožňovaly potrestání žalobce. Nelze se proto dovolávat zásady legitimního očekávání, neboť není zřejmé, že se skutečně jedná (i z pohledu podmínek řízení a průběhu řízení) o shodnou věc.

Jako samostatnou námitku pak žalobce uplatnil možnost „dvojího“ výkladu veřejného práva, kdy vůči němu byl ze strany správních orgánů použit výklad nejméně příznivý. Konkrétně se žalobci jednalo o interpretaci pojmu „spotřebitelská loterie“ ve smyslu ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona. Pokud se jedná o výklad uvedeného pojmu, soud ve shodě se žalovaným nesouhlasí s tím, že by ustanovení § 1 odst. 5 loterijního zákona skýtalo možnost vícero výkladů. Výklad Finančního úřadu v Říčanech při rozhodování o akci „Kolo štěstí“, na něž žalobce odkazuje, není pro nedostatek odůvodnění znám a nelze jej posoudit. Pokud se jedná o stanovisko Ministerstva financí ze dne 11. 5. 2006, „koncept“ předmětných akcí žalobce nespadá pod žádný z aprobovaných herních konceptů, spíše odpovídá konceptu výslovně označenému za rozporný s loterijním zákonem. Výklad ministerstva financí se tedy od výkladu zastávaného správními orgány (a konečně i soudem) v této věci neodlišuje.

K námitce žalobce se soud zabýval také otázkou přiměřenosti uložené pokuty za provozování spotřebitelské loterie. Je-li předmětem sporu výše správní pokuty, přicházejí v úvahu v zásadě dvě procesně rozdílné situace, kterými může správní soud do určení její výše zasáhnout. První možnost vyplývá z ustanovení § 78 odst. 1 věty druhé s. ř. s. a uplatní se v situaci, kdy soud zjistí, že při ukládání pokuty byly překročeny zákonem stanovené meze správního uvážení, či byl zákon zneužit. Druhou možností je moderace pokuty dle § 78 odst. 2 s. ř. s. V takovém případě může správní soud na základě odůvodněného návrhu od uložené pokuty upustit, popřípadě pokutu snížit. To vše za podmínky, že neexistují důvody pro zrušení rozhodnutí a pokuta byla uložena ve zjevně nepřiměřené výši. Je přitom nutné, aby směr rozhodování soudu vymezil žalobce v podané žalobě, a to především formulací žalobního petitu, z něhož musí být dostatečně zřejmé, zda žalobce požaduje zrušit správní rozhodnutí z důvodu překročení mezí správního uvážení, či napadá pouze nepřiměřenou výši pokuty a požaduje její moderaci. Obě varianty se mohou samozřejmě doplňovat prostřednictvím eventuálního petitu.

V otázce výběru určitých variant posouzení přiměřenosti sankce lze odkázat na dřívější rozhodnutí NSS. Ten například v rozsudku ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012-36, č. 2671/2012 Sb. NSS, konstatoval: „*Soudní řád správní umožňuje správnímu soudu zohlednit hledisko přiměřenosti sankce jen v situaci, kdy je soud podle § 78 odst. 2 s.ř.s. na návrh žalobce nadán pravomocí nahradit správní uvážení a výši uložené sankce moderovat a zároveň je správním orgánem uložená sankce zjevně nepřiměřená. Prostor pro zohlednění přiměřenosti ukládané sankce podle § 78 odst. 1 s.ř.s. by byl dán pouze tehdy, pokud by vytýkaná nepřiměřenost měla kvalitu nezákonnosti, tj. v případě, že by správní orgán vybočil ze zákonných mantinelů při ukládání pokuty, jeho hodnocení kritérií pro uložení pokuty by postrádalo logiku, správní orgán by nevzal do úvahy všechna zákonná kritéria, uložená pokuta by byla likvidační apod.*“ Vyplývá z toho, že při aplikaci § 78 odst. 1 s.ř.s. soudy posuzují splnění podmínek pro uložení správní pokuty, včetně přezkoumatelnosti odůvodnění a dodržení mezí správního uvážení (srov. rozsudek NSS ze dne 7. 5. 2014, č. j. 3 As 105/2013-21).

Pokud jde o samotnou výši pokuty, jež byla žalobci za jeho jednání uložena, ta byla

výsledkem správního uvážení správního orgánu, jak konečně uvedl i sám žalovaný. Je namístě připomenout, že je-li rozhodnutí vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece správního orgánu, je povinností tohoto orgánu předepsané volné úvahy užít. To znamená, že se musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná (zákonem předepsaná), nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 12. 2013, č. j. 62 Af 62/2012-67).

Z judikatury NSS pak také vyplývá, že jakkoli má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2005, č. j. 8 As 5/2005-53, nebo ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007-68).

Samotný loterijní zákon žádná konkrétní hlediska, jež by měla být při stanovení výše pokuty zohledňována, neobsahuje, správní uvážení správních orgánů tak bylo omezeno jen základními zásadami správního řízení. V daném případě je v rozhodnutí Finančního úřadu Praha – západ proveden na základě údajů vyžádaných od žalobce zjednodušující výpočet pravděpodobného zisku žalobce ze zboží prodaného spotřebitelům, kteří se zúčastnili soutěže, přičemž do nákladů byla zahrnuta i hodnota výher. Výpočet mimo jiných zjednodušení předpokládal, že nebýt losování, tržby za každého z účastníků losování by byly nulové. Orientačně tak bylo určeno, že žalobce na základě zakázaných akcí získal zisk ve výši 9.935.505,- Kč. Dále bylo konstatováno, že částka 15.190.000,- Kč zaplacená 11.384 spotřebiteli účastnicími se akce „1 z 5 zadarmo“ za zboží žalobce vysoce převyšuje nulový limit vztahující se na peněžité výhry a i částka 8.785.520,- Kč vynaložená na pořízení 16 automobilů Ford S-MAX dalece přesahuje částku 200.000,- Kč ročně (resp. 20.000,- Kč za kus) představující limit pro výhry věcné. Další přitěžující okolností měl být právě dosažený zisk z akcí ve výši 9.935.505,- Kč a skutečnost, že žalobce loterii provozoval i poté, co bylo zahájeno správní řízení. Naopak jako polehčující okolnost byl zohledněn fakt, že z protiprávně nabytého zisku byl žalobce povinen odvést daň z příjmu právnických osob o sazbě 19 %. Finanční ředitelství v Praze se s tímto odůvodněním v zásadě pouze ztotožnilo, když konstatovalo, že byl zohledněn získaný majetkový prospěch, trvání protiprávního jednání, jeho závažnost a „další tam uvedené skutečnosti“.

Je třeba konstatovat, že v napadeném rozhodnutí, resp. v rozhodnutí správního orgánu prvního stupně byly vysvětleny důvody i základní okolnosti, jež vedly ke stanovení výše pokuty částkou 7.100.000,- Kč, přičemž není pravdou, že by jediným zmíněným kritériem byl dosažený zisk. Samozřejmě částku pokuty nelze v zásadě nikdy stanovit přesným výpočtem a nemůže ani odpovídat např. výši zisku dosaženého pořádáním zakázané spotřebitelské loterie, protože takový zisk by mohl např. překročit horní limit rozpětí pro pokutu, nebo by naopak pořádání loterie mohlo skončit ztrátou, aniž by tím však byla významněji snížena společenská škodlivost deliktu. S ohledem na uvedené proto soud akceptuje i fakt, že samotná částka 7.100.000,- nijak blíže nekoresponduje s výpočtem v odůvodnění rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, resp. je (ve prospěch žalobce) nižší než vypočtený zisk i po případném snížení o daň z příjmu ve výši 19 %. I to dokládá, že se správní orgán prvního stupně neomezil pouze na kritérium dosaženého zisku, jakkoliv pro něj zjevně bylo skutečností zásadní. Výši uložené pokuty soud nepovažuje ani za extrémně vybočující z mezí správního uvážení správního orgánu, v tomto případě daných v podstatě jen základními zásadami správního řízení. Soud proto neshledal důvody ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V návaznosti na to se pak soud musel zabývat eventuálním návrhem žalobce na

moderaci uložené pokuty. Jakkoliv soud vybočení z mezí správního uvážení v napadeném rozhodnutí neshledal, má nicméně za to, že na místě bylo přihlédnout i k některým dalším okolnostem a v souvislosti s nimi hodnotit správním orgánem uvedené okolnosti mírněji.

Soud v první řadě předesílá, že stanovení výše sankce tak, aby vedla k odčerpání zisku dosaženého nelegální aktivitou, se vysloveně nabízí jako možnost, jak určit výši sankce relativně přesným způsobem. Umožňuje tak dosažení účinného generálně preventivního účinku, který by měl subjekty odrazovat od výkonu zakázaných činností, neboť případný postih vyloučí možnost, že by i po zaplacení sankce mohlo být výhodné porušovat zákon. S ohledem na koncepci sankčního ustanovení připouštějící sankci v rozmezí od nuly až do 10 milionů Kč však nemůže být dosažený zisk kritériem jediným, ale je třeba důsledně zhodnotit i okolnosti přitěžující a polehčující, které mohou konečnou výši pokuty i výraznou měrou ovlivnit. Výpočet zisku dosaženého žalobcem z pořádání obou akcí považuje soud sice za hodně zjednodušující, nicméně v zásadě (když žalobce sám nenabízí přesnější vstupní údaje) za přijatelný. Soud pouze považuje za krajně nepravděpodobné, že by všichni účastníci soutěže u žalobce nakupovali jen proto, že uspořádal předmětné akce. Z tohoto hlediska by výpočet zisku měl být nanejvýš poloviční, nicméně bez bližších srovnávacích údajů o vývoji tržeb v letech bez uspořádání akce či v témže roce u konkurentů žalobce, kteří takovou formu propagace nezvolili, je i tento závěr značně spekulativní. Zvolená výše sankce tudíž zjevně neměla pouze účinky pouhého odčerpání výnosů plynoucích z uspořádaných akcí, nýbrž i účinky penalizační. V každém případě však lze obhájit závěr, že zisky ze spotřebitelských loterií žalobce se pohybovaly v řádech milionů Kč, tedy dosahovaly velkého rozsahu. Pokud by soud vyšel z polovičního zisku oproti žalovanému a ponižil jej o zaplacenou daň z přidané hodnoty a daň z příjmů, nabízí se sankce kolem částky 3 milionů Kč, jež by měla zahrnovat i malé sankční navýšení.

Pokud jde o další kritéria, soud se ztotožňuje se správními orgány v tom, že uskutečněné spotřebitelské loterie měly mimořádně velký rozsah, jak co do počtu zúčastněných osob (11.384), tak co do finančního objemu (v součtu více než 10 milionů Kč). Žalobci nepochybně také přitěžuje, že se nejednalo o ojedinělou akci, nýbrž o akce ve všech jeho prodejnách trvající po dobu dvou měsíců, navíc veřejně propagované, a to včetně reklamních spotů v televizním vysílání. Uspořádané akce tak nepochybně měly důsledky i co do ovlivnění konkurenčního prostředí v celém tržním segmentu hobby marketů. Nelze tedy tvrdit, že by spáchaný skutek postrádal společenskou škodlivost, protože ta je v tomto případě jednoznačně dána, a to především v tom, že žalobce nepochybně uspořádáním nelegální spotřebitelské soutěže získal vůči svým konkurentům na trhu neoprávněnou výhodu a nekalým způsobem takto nejspíše zvýšil na jejich úkor svůj podíl na trhu.

Žalobci však lze přiznat i polehčující okolnosti. Především je to jím již zmiňované rozhodnutí Finančního úřadu v Říčanech ze dne 28. 4. 2006, č. j. 46999/06/059960/1090, na základě něž žalobce nebyl sankcionován za obdobnou akci nazvanou „Kolo štěstí“. Jakkoliv znění zákona považuje soud za dostatečně srozumitelné a jakkoliv nepřijatelnost nyní pořádaných akcí bylo možno dovodit i ze stanoviska Ministerstva financí z 11. 5. 2006, přece jen je třeba připustit, že výsledek předchozího řízení mohl žalobce vést k úvahám o oprávněnosti jeho předchozího výkladu právní úpravy spotřebitelských loterií. Tato skutečnost sice není způsobila žalobce zbavit deliktů odpovědnosti, avšak nemalou měrou snižuje závažnost jeho jednání. S ohledem na uvedené rozhodnutí je třeba navíc vycházet z toho, že se žalobce tohoto pochybení dopustil poprvé. Polehčující okolností je konečně i to, že v rámci akcí nebyli dle všeho nijak významně poškozováni ani samotní spotřebitelé, jakožto hlavní beneficiáři ochrany poskytované ustanovením § 1 odst. 5 loterijního zákona, protože jediná újma jim mohla vzniknout tím, že se v důsledku uspořádané soutěže nechali

přesvědčit k zakoupení zboží, které by jinak např. nezakoupili. V tomto směru však soud nemá žádné poznatky o tom, že by se jednalo o vnucení zboží předraženého, nekvalitního nebo jinak poškozujícího pro zúčastněné spotřebitele.

Argumentaci tím, že žalobce pokračoval v akci i po oznámení o zahájení správního řízení v této věci, soud za významnou nepovažoval, neboť řízení bylo zahájeno až v samém závěru konání akcí (oznámeními ze dne 23. 2. 2012, doručenými žalobci až dne 27. 2. 2012), poslední losování se odehrálo dne 4. 3. 2012, tudíž překryv trvání akcí se správním řízením byl minimální. Polehčující okolnost však soud neviděl ani v tom, že akce byly konány v prvních měsících po zprísnění sankcí provedeným od 1. 1. 2012 zákonem č. 458/2011 Sb. Žalobce byl povinen se řídit právní úpravou již od okamžiku nabytí její účinnosti, navíc měl možnost se s ní seznámit v legisvakční lhůtě (zákon byl vydán dne 14. 10. 2011). U podnikatele, natož obchodníka s významnou tržní silou, lze nepochybně očekávat, že se průběžně seznamuje s právními normami regulujícími jeho činnost. Navíc předmětnou novelou loterijního zákona nebyla nijak dotčena skutková podstata správního deliktu, došlo pouze k navýšení sankčního rozpětí, proto ani argumentace údajnou právní nejistotou neobstojí. Také tvrzení o obvyklé praxi ukládané výše sankcí v případě nelegálně provozovaných výherních automatů neobstojí, a to jednak kvůli nedoložení takové praxe a jednak kvůli tomu, že v uvedeném období s ohledem na navýšení sankcí v důsledku novely loterijního zákona se nejspíše jednalo o praxi založenou na jiné (předchozí) právní úpravě. Navíc počet osob, na něž provozování hracího automatu má vliv je naprosto nesrovnatelný s rozsahem akce pořádané žalobcem, a to i když by bylo přihlédnuto k mnohem vyšší společenské škodlivosti takových zařízení.

S ohledem na tato kritéria soud na rozdíl od žalovaného považoval za dostačující uložení pokuty ve výši 2.500.000,- Kč, tj. přesně ve čtvrtině zákonného rozpětí, když usoudil, že vypočtené polehčující okolnosti (zejména první spáchání sankce a existence předchozího osvobozujícího verdiktu Finančního úřadu v Říčanech) mírně převažují nad okolnostmi přitěžujícími a odůvodňují snížení sankce pod částku odhadnutého zisku z pořádané akce.

O náhradě nákladů řízení rozhodl soud v souladu s ustanovením § 60 odst. 1 věty druhé s. ř. s. tak, že žádnému z účastníků právo na náhradu nákladů řízení nepřisluší. Soud vyšel z toho, že s primárním požadavkem na zrušení napadeného rozhodnutí byl žalobce zcela neúspěšný, s eventuálním požadavkem na moderaci uložené pokuty byl pak úspěšný pouze v dílčí části. Převážný úspěch ve věci tak svědčí žalovanému, jemuž však žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

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

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

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

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

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

V Praze dne 20. srpna 2015

Mgr. Jitka Zavřelová, v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost:
Božena Kouřimová