

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jakuba Camrdy a soudců JUDr. Lenky Matyášové a Mgr. Ondřeje Mrákoty v právní věci žalobce: **BONVER WIN, a.s.**, se sídlem Cholevova 1530/1, Ostrava, zast. JUDr. Stanislavem Dvořákem, Ph.D., LL.M., advokátem se sídlem Pobřežní 394/12, Praha 8, proti žalovanému: **Ministerstvo financí**, se sídlem Letenská 525/15, Praha 1, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 15. 6. 2016, č. j. 3 Af 39/2014 – 157,

t a k t o :

Věc **se postupuje** k rozhodnutí rozšířenému senátu.

O d ů v o d n ě n í :

I.

[1] Rozhodnutím ze dne 22. 10. 2013, č. j. MF-60562/3/2013/34, žalovaný na základě § 43 odst. 1 zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, v rozhodném znění (dále jen „zákon o loteriích“), zrušil rozhodnutí ze dne 29. 9. 2011, č. j. 34/87179/2011, č. j. 34/87180/2011 a č. j. 34/87181/2011, a to v části týkající se povolení provozování sázkových her na adrese Kamenická 657/155, Děčín žalobcem. V odůvodnění rozhodnutí žalovaný uvedl, že ke zrušení předmětných povolení přistoupil z důvodu jejich rozporu s obecně závaznou vyhláškou statutárního města Děčín č. 3/2013, o regulaci provozování sázkových her, loterií a jiných podobných her (dále jen „OZV“), která mj. zakázala na celém území města, vyjma kasin nacházejících se na místech uvedených v příloze č. 1 této vyhlášky, provozování sázkových her podle § 2 písm. i), l), m) a n) zákona o loteriích, a dále loterií a jiných podobných her podle § 2 písm. j) a § 50 odst. 3 téhož zákona.

[2] Žalobce podal proti uvedenému rozhodnutí žalovaného rozklad, který ministr financí rozhodnutím ze dne 22. 7. 2014, č. j. MF-111101/2013/34-2901-RK, zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

[3] Žalobce napadl předmětné rozhodnutí o rozkladu žalobou podanou u Městského soudu v Praze, který ji rozsudkem ze dne 15. 6. 2016, č. j. 3 Af 39/2014 – 157, zamítl. V odůvodnění rozsudku se městský soud nejprve zabýval námitkou rozporu vnitrostátní

úpravy s právem EU, přičemž dospěl k závěru, že unijní právo na daný případ nedopadá, neboť žalobce není osobou, která by v daném případě využívala volný pohyb služeb. Městský soud následně shledal, že správní orgány posoudily věc správně a v souladu se zákonem. K namítaným procesním vadám správního řízení uvedl, že zahájení řízení se současným poučením o možnosti se seznámit s podklady pro rozhodnutí bylo učiněno v souladu s § 46 odst. 3 správního řádu. Po vydání OZV byl žalobce dne 5. 9. 2013 znovu vyzván dle § 36 odst. 3 správního řádu a po té již spis nebyl doplňován. Žalobce tak měl dostatečný prostor seznámit se s podklady rozhodnutí. Městský soud dále uvedl, že postup žalovaného při aplikaci § 43 odst. 1 zákona o loteriích je dle závěrů vyslovených Ústavním soudem a Nejvyšším správním soudem zcela v souladu se zákonem a ústavními principy, přičemž není dán důvod, proč by se měl od těchto závěrů v dané věci odchýlit. Jako nedůvodnou městský soud shledal i námitku absence notifikace OZV, neboť se nejedná o technický předpis ve smyslu směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/34/ES o postupu při poskytování informací v oblasti norem a technických předpisů a předpisů pro služby informační společnosti, v relevantním znění (dále jen „směrnice 98/34/ES“). V této souvislosti městský soud rovněž podotkl, že vláda notifikovala zákon č. 300/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (dále jen „zákon č. 300/2011 Sb.“), jenž obcím explicitně udělil právo regulovat „hazard“ na jejich území, včetně úplného zákazu provozování výherních hracích přístrojů a loterií, přičemž Evropská komise proti tomuto předpisu nic nenamítala. Městský soud dále dospěl k závěru, že město Děčín při vydávání OZV nepřekročilo své pravomoci a dotčená vyhláška není diskriminační povahy. Jako nedůvodnou městský soud následně shledal i námitku neprovedení navrhovaných důkazů a námitku nedostatečného odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť navrhované důkazy nebyly dle městského soudu pro danou věc rozhodné a vypořádání námitek žalobce v rozhodnutí o rozkladu lze považovat za dostačující.

[4] Žalobce (stěžovatel) podal proti rozsudku městského soudu kasační stížnost, v níž zejména opětovně namítal rozpor regulace loterií a jiných podobných her s právem EU, nezákonnost OZV a nezákonnost postupu žalovaného dle § 43 odst. 1 zákona o loteriích a při zjišťování skutkového stavu. Úvodem stěžovatel podotkl, že právo obcí regulovat loterie nemůže být absolutní a dle nálezů Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, Pl. ÚS 56/10, č. 293/2011 Sb., má být správní soud „*oprávněn posoudit všechny individuální okolnosti případu, tj. případně i to, zda obec zařazením té které nemovitosti do textu vyhlášky nejednala libovolně či diskriminačně*“, což ovšem v posuzovaném případě městský soud neučinil.

[5] Městský soud dle stěžovatele dále pochybil tím, že neaplikoval právo EU, které mělo v daném případě aplikační přednost, neboť ustanovení OZV a zákona o loteriích (zejména § 43 odst. 1 ve spojení s § 50 odst. 4) jsou s právem EU v rozporu. Stěžovatel přitom poukazoval zejména na rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 6. 2015, *Berlington Hungary a další*, C-98/14, EU:C:2015:386 (dále jen „*Berlington Hungary*“), dle něhož musí opatření členských států přijatá v souvislosti s omezením provozování loterií na jejich území splňovat kritéria přiměřenosti, jež Soudní dvůr vymezil v bodě 92 citovaného rozsudku. Regulace loterií v ČR ovšem dle stěžovatele tato kritéria nesplňuje. Z ustanovení zákona o loteriích ve spojení s OZV nevyplývá, že regulace v nich obsažená skutečně sleduje cíle související s ochranou spotřebitelů před hráčskou závislostí a s bojem proti

pokračování

trestným a podvodným činností spojeným s hrami, a městský soud se danou otázkou ani nezabýval. Stěžovatel má za to, že vnitrostátní regulace loterií je nesystematická a nekoherentní, neboť umožňuje obcím postupovat při vydávání obecných vyhlášek zcela svévolně, aniž by jim stanovila jakákoliv pravidla či mantinely, a dále shledává rozpor vnitrostátní regulace s principem právní jistoty a zásadou ochrany legitimního očekávání.

[6] Dle stěžovatele je v dané věci dán unijní prvek, který byl tvrzen v žalobě, důkazně doložen a dále vyplývá i z důvodové zprávy k zákonu č. 300/2011 Sb. a nově též z důvodové zprávy k zákonu č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách. Stěžovatel v této souvislosti zejména poukazoval na body 25 a 26 citovaného rozsudku Soudního dvora ve věci *Berlington Hungary* a zdůraznil, že část klientely, která prostory s loteriemi navštěvovala a která tyto loterie jako služby využívala, byli občané jiných členských států EU, jimž tedy stěžovatel poskytoval služby ve smyslu čl. 56 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“). Tuto skutečnost stěžovatel městskému soudu dle svého tvrzení doložil čestným prohlášením osoby detailně obeznámené se situací provozovny stěžovatele, přičemž současně navrhl městskému soudu výslech této osoby jako svědka. Dle stěžovatele je třeba brát rovněž v potaz lokalitu statutárního města Děčín, které se nachází cca 25 km od německých hranic a je vyhledávaným místem poskytování služeb německým občanům.

[7] Stěžovatel dále namítal, že měl městský soud dle čl. 95 odst. 1 Ústavy posoudit, zda je předmětná OZV v souladu se zákonem. Stěžovatel přitom poukázal na výše citovaný nálezn Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10, v němž Ústavní soud podotkl, že správní soud je oprávněn obecně závaznou vyhláškou neaplikovat, a dále uvedl, že „[n]evyplývá-li důvod vymezení konkrétních míst z okolností nebo povahy věci, tíží nakonec obec, jež obecně závaznou vyhlášku vydala, povinnost v řízení před soudem takové racionální a neutrální důvody předstříti a obhájit“. Byť si městský soud vyžádal od statutárního města Děčín podklady pro posouzení, zda je OZV v souladu se zákonem a s právem EU, závěr, jenž následně učinil, je dle stěžovatele nesprávný. Nezákonnost OZV dle stěžovatele spočívá především v tom, že OZV nebyla notifikována Evropské komisi jako technický předpis dle směrnice 98/34/ES, což má dle stěžovatele za následek její neaplikovatelnost (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 30. 4. 1996, *CIA Security International*, C-194/94, EU:C:1996:172).

[8] OZV dle stěžovatele dále odporuje základním principům práva EU, neboť neobsahuje přechodné ustanovení, příp. systém přiměřených náhrad. Další vadu OZV mající za následek její nezákonnost stěžovatel spatřoval v její diskriminační povaze a nedostatečném odůvodnění nesplňujícím požadavky Ústavního soudu vymezené v již citovaném nálezu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10. Statutární město Děčín dle stěžovatele zejména neuvedlo, proč stanovilo rozdílný režim pro provozování interaktivních videoloterních terminálů (dále jen „IVT“) dle § 50 odst. 3 zákona o loteriích a pro výherní hrací přístroje (dále jen „VHP“) dle § 2 písm. e) téhož zákona. Provozování IVT je povoleno pouze v kasinech, zatímco VHP je možné provozovat i v hernách.

[9] Stěžovatel dále namítal nezákonnost postupu žalovaného dle § 43 odst. 1 zákona o loteriích, neboť zrušením vydaných povolení došlo k porušení práva EU, ústavních principů právní jistoty a legitimního očekávání a toto zrušení představuje nepřípustný

retroaktivní zásah do právní sféry stěžovatele. Stěžovatel zejména zpochybňoval závěr žalovaného a městského soudu opírající se o nálezy Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13, publ. pod č. 112/2013 Sb., dle něhož stěžovateli nevzniklo legitimní očekávání. Takovýto závěr dle stěžovatele odporuje skutkovým zjištěním a je v rozporu s principy právního státu.

[10] Žalovaný dle stěžovatele pochybil rovněž tím, že spojil oznámení o zahájení řízení s dalšími úkony, a to s výzvou dle § 36 odst. 1 správního řádu k navržení důkazů, vyjádření a jiným úkonům, s výzvou dle § 36 odst. 3 správního řádu k vyjádření se ke všem podkladům pro rozhodnutí ve věci a současně také s výzvou obci podle § 136 odst. 3 správního řádu k poskytnutí dalších informací důležitých pro řízení. Uvedeným postupem bylo stěžovateli odňato právo seznámit se s úplným obsahem spisu v době bezprostředně předcházející vydání rozhodnutí a možnost případně spis doplnit. V této souvislosti stěžovatel odkazoval na rozsudky Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 25. 6. 2009, č. j. 15 Ca 258/2008 – 55, Krajského soudu v Ústí nad Labem, pobočka v Liberci, ze dne 22. 3. 2011, č. j. 59 A 87/2010 – 43, a na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2003, č. j. 5 A 152/2002 – 41 (zde citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz).

[11] Z výše uvedených důvodů stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud zrušil jak rozsudek městského soudu, tak rozhodnutí správního orgánu a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[12] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti předně uvedl, že se zcela ztotožňuje s napadeným rozsudkem městského soudu. Ve vztahu k argumentaci stěžovatele odkazující na rozsudek Soudního dvora ve věci *Berlington Hungary* pak žalovaný uvedl, že se jedná o rozdílné věci, neboť česká právní úprava je odlišná od maďarské. V nyní posuzovaném případě zejména nedochází k rušení loterií a jiných podobných her okamžitě ze zákona, nýbrž je k rušení vydaných povolení k provozování loterií a jiných podobných her přistupováno na základě obecně závazných vyhlášek obcí, a to vždy po vyhodnocení jejich obsahu a účelu. Řízení o zrušení vydaného povolení je vedeno podle správního řádu a provozovatel má právo využít všech institutů, které mu správní řád poskytuje, včetně opravných prostředků. Provozovatel přitom může po celou dobu správního řízení vykonávat svou činnost, a to až do doby, kdy rozhodnutí o zrušení vydaného povolení nabude právní moci. Lze tedy konstatovat, že rušení povolení k provozování loterií a jiných podobných her podle českých právních norem představuje zcela odlišný režim, než tomu bylo v případě posuzovaném Soudním dvorem.

[13] Žalovaný dále poukázal na judikaturu Soudního dvora týkající se zásady ochrany legitimního očekávání a zejména uvedl, že se hospodářský subjekt nemůže dovolávat ochrany zásady legitimního očekávání v případě, že je s to předvídat přijetí opatření, které se může dotknout jeho zájmu, a toto opatření je později přijato. Hospodářské subjekty navíc nemají důvod k tomu, aby mohly legitimně očekávat, že bude zachován existující stav, který může být změněn v rámci posuzovací pravomoci vnitrostátních orgánů (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10. 9. 2009, *Plantanol*, C-201/08, EU:C:2009:539, bod 53 a tam citovaná judikatura). Česká právní úprava představovaná zákonem o loteriích byla dle žalovaného pro hospodářské subjekty předem známá a předvídatelná, a to mimo jiné s ohledem na existenci § 43 zákona o loteriích, což konstatoval i Ústavní soud v nálezu ze

pokračování

dne 14. 6. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 29/10, publ. pod č. 202/2011 Sb. Ústavní soud v tomto nálezu uvedl, že provozovatelé si musí být vědomi existence § 43 zákona o loteriích, a tedy skutečnosti, že mohou být v podstatě kdykoliv, nastanou-li v průběhu platnosti povolení okolnosti vylučující provoz těchto zařízení, tohoto povolení zbaveni. Žalovaný dále poukázal na již zmíněný náleze Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13, v němž Ústavní soud uvedl, že u provozovatelů IVT nelze hovořit o existenci legitimního očekávání spočívajícího v naději, že jejich činnost nebude přinejmenším po určitou dobu regulována prostřednictvím obecně závazných vyhlášek obcí. Provozovatelé IVT, stejně jako každý jiný subjekt práva, si totiž mohli a měli být vědomi rizika, že jejich právní sféra může být dotčena v důsledku přijetí, změny či zrušení právních předpisů, a to nejen zákonů, nýbrž i podzákonných právních předpisů (včetně obecně závazných vyhlášek obcí). Žalovaný dále podotkl, že mu nepřísluší posuzovat nezákonnost či nepředvídatelnost obecně závazných vyhlášek obcí, neboť dozor nad nimi vykonává Ministerstvo vnitra, jež je oprávněno podat návrh Ústavnímu soudu na jejich zrušení. Žalovaný je naopak povinen obecně závazné vyhlášky obcí bez výhrady aplikovat.

[14] K argumentaci stěžovatele týkající se omezení volného pohybu služeb žalovaný uvedl, že volný pohyb služeb v rámci vnitřního trhu je možné omezit z důvodů vymezených čl. 51 a 52 SFEU ve spojení s čl. 62 SFEU, mezi které patří například veřejný pořádek, veřejná bezpečnost, veřejné zdraví, přičemž o souladu těchto omezení se zásadami právní jistoty a ochrany legitimního očekávání je oprávněn rozhodnout pouze vnitrostátní soud (viz bod 80 citovaného rozsudku ve věci *Berlington Hungary*). Žalovaný má přitom za to, že v posuzovaném případě lze uplatnit závěry, které Nejvyšší správní soud učinil v rozsudcích ze dne 24. 2. 2015, č. j. 6 As 285/2014 - 32, a ze dne 22. 7. 2015, č. j. 10 As 62/2015 - 170, v nichž shledal, že právo EU nedopadá na výlučně vnitrostátní situace. Žalovaný dále odkázal na závěr Nejvyššího správního soudu vyslovený v rozsudku ze dne 20. 1. 2016, č. j. 1 As 297/2015 - 77, v němž zdejší soud označil za bezpředmětný argument stěžovatele týkající se jeho zahraniční klientely, neboť zahraniční klientela neměla vliv na žádnou ze základních ekonomických svobod, kterou by stěžovatel využíval.

[15] Žalovaný se dále vyjádřil k povinnosti podrobit OZV notifikačnímu procesu dle směrnice 98/34/ES, přičemž zdůraznil, že definičním znakem technického předpisu je jeho platnost v celém členském státě nebo v jeho větší části (viz bod 39 již zmiňovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 1. 2016, č. j. 1 As 297/2015 - 77), přičemž v případě České republiky se jedná o právní předpisy centrálních úřadů a krajů podle *Seznamu úřadů vázaných povinností oznamovat návrhy technických předpisů (kromě centrálních vlád členských států)* obsaženého v Úředním věstníku Evropské unie ze dne 31. 5. 2006, C 127/7. Podle tohoto seznamu se tedy notifikují předpisy krajů a předpisy na celostátní úrovni.

[16] K námitce diskriminační povahy OZV žalovaný poukázal na již citovaný náleze Ústavního soudu ze dne 14. 6. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 29/10, dle něhož nelze klást na obce jako na normotvůrce přísně formální pravidla, ale vždy je nutné jít po smyslu a účelu obecní regulace. Žalovaný při svém rozhodování vychází z platných a účinných obecně závazných vyhlášek, přičemž k jejich posouzení přistupuje z hlediska jejich obsahu a účelu, nikoliv z hlediska prostého formalismu. Nutné je také zdůraznit, že pravomoc obcí regulovat obecně závaznou vyhláškou umístění IVT a obdobných technických zařízení

byla dle citovaného nálezu obcím dána již před nabytím účinnosti § 50 odst. 4 zákona o loteriích, ve znění účinném od 14. 10. 2011.

[17] K námitce vytýkající nesprávnou aplikaci § 36 odst. 3 správního řádu žalovaný uvedl, že v oznámení o zahájení byl stěžovatel vyzván dle § 36 odst. 1 a 3 správního řádu a muselo mu tak být zřejmé, že žalovaný hodlá přistoupit k vydání rozhodnutí. Stěžovatel byl dále k vyjádření se k podkladům opakovaně vyzván přípisem ze dne 5. 9. 2013, č. j. MF-60562/2/2013/34, a dne 4. 10. 2013 stěžovatel nahlížel do spisu. Žalovaný je tedy přesvědčen, že bylo postupováno v souladu se zákonem a stěžovatelova procesní práva byla zachována.

[18] K nezákonnosti postupu dle § 43 zákona o loteriích žalovaný opětovně poukázal na nálezy Ústavního soudu ze dne 14. 6. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 29/10, dle něhož takový postup není protiústavní ani nezákonný, neboť si provozovatelé loterií a jiných podobných her právě s ohledem na § 43 odst. 1 zákona o loteriích museli být vědomi, že mohou být v podstatě kdykoliv, nastanou-li v průběhu platnosti povolení okolnosti vylučující provoz těchto zařízení, tohoto povolení zbaveni. V již zmiňovaném nálezu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10, Ústavní soud dále judikoval, že by se žalovaný naopak dopustil zásahu do ústavního práva obcí na územní samosprávu, pokud by narušil povolení k provozování loterií a jiných podobných her, jejichž provozování je v rozporu s obecně závaznými vyhláškami. V tomto směru nelze u provozovatelů videoloterních terminálů ani hovořit o existenci legitimního očekávání spočívajícího v naději, že jejich činnost nebude přinejmenším po určitou dobu regulována prostřednictvím obecně závazných vyhlášek obcí, neboť si mohli být vědomi rizika, že jejich sféra může být dotčena v důsledku přijetí, změny či zrušení právních předpisů, a to nejen zákonů, nýbrž i podzákonných právních předpisů (viz citovaný nálezy Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13). Žalovaný v předmětné věci aplikoval princip proporcionality, a to ve vztahu k právu obcí na samosprávu na straně jedné a právu podnikat na straně druhé, přičemž právo podnikat je zde oslabeno právě s ohledem na § 43 odst. 1 zákona o loteriích.

[19] Pokud jde o absenci přiměřené náhrady za zrušení povolení k provozování loterií a jiných podobných her, žalovaný podotkl, že by musely být naplněny podmínky zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem. Ze strany žalovaného ovšem nedochází k vydávání nezákonných rozhodnutí či k nesprávnému úřednímu postupu, neboť postupuje podle platných a účinných právních norem. Zastává-li ovšem stěžovatel jiný právní názor, nic mu nebrání využít příslušné právní instituty.

[20] Vzhledem k výše uvedenému žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

II.

[21] Při hodnocení věci dospěl předkládající pátý senát Nejvyššího správního soudu k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v dřívějším rozhodnutí Nejvyššího správního soudu.

pokračování

[22] Obecně v těchto případech Nejvyšší správní soud neshledává „unijní prvek“, tedy skutečnost, na jejímž základě by byl provozovatel loterií a jiných podobných her oprávněn v příslušné věci dovolávat se práva Evropské unie týkající se zejména volného pohybu služeb. Nicméně, jak vyplývá z již uvedeného, stěžovatel v doplnění své žaloby a následně rovněž v kasační stížnosti poukazoval na existenci unijního prvku spočívajícího v tom, že část klientely stěžovatele měli tvořit státní příslušníci jiných členských států EU, jimž stěžovatel poskytoval služby ve smyslu čl. 56 SFEU. Danou skutečnost stěžovatel dokládal již v řízení před městským soudem čestným prohlášením osoby obeznámené se situací provozovny, z něhož vyplynulo i to, že tato osoba je připravena před městským soudem vypovídat jako svědek. Stěžovatel dále poukázal na to, že je třeba brát zejména v potaz lokalitu statutárního města Děčín, které se nachází cca 25 km od německých hranic a je vyhledávaným místem poskytování služeb německým občanům. Dle stěžovatele tedy nemůže být o přeshraničním prvku pochyb. Tato námitka je přitom důvodem pro předložení věci rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu.

[23] Obdobnou námitkou se za skutkově srovnatelných okolností (taktéž bylo stěžovatelem předkládáno čestné prohlášení potenciálních svědků obeznámených se situací jednotlivých provozoven) ve svém rozsudku ze dne 20. 1. 2016, č. j. 1 As 297/2015 - 77, zabýval již první senát Nejvyššího správního soudu, který konkrétně judikoval:

„[28] Ve dvou typově totožných případech Nejvyšší správní soud již vyslovil, že právo EU aplikovatelné není (srov. rozsudky č. j. 6 As 285/2014 – 32, body 40, 41 a č. j. 10 As 62/2015 - 172, body 12-21). Stěžovatel není osobou využívající v daném případě svobody pohybu osob, zboží a služeb. Podle Soudního dvora přitom pojem ‚uplatňování práva Unie‘ použitý v čl. 51 Listiny EU předpokládá ‚existenci určitého stupně souvislosti mezi aktem práva Unie a dotčeným vnitrostátním opatřením, která jde nad rámec příbuznosti dotyčných oblastí nebo nepřímého dopadu jedné oblasti na druhou.‘ (rozsudek Soudního dvora ze dne 10. července 2014 ve věci C-198/13, Julian Hernández a další, bod 34). Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu, jejímž cílem je usnadnění výkonu svobody usazování pro poskytovatele služeb a volného pohybu služeb při zachování vysoké kvality služeb (čl. 1 odst. 1), výslovně vylučuje ze své věcné působnosti hazardní hry, které vyžadují peněžité vklady, včetně loterií, hazardních her v kasinech a sázkových her [čl. 2 odst. 2 písm. h)]. Předmětné oblasti hazardu nejsou regulovány unijním právem a dotčená ustanovení zákona o loteriích nemají za cíl provádět ustanovení unijního práva.

[29] Nicméně je pravdou, že právo EU bude použitelné ve svých základních principech, jako je svoboda usazování (čl. 49 SFEU) a volný pohyb služeb v rámci EU (čl. 56 SFEU), i na věci, které ze své působnosti shora citovaná směrnice 2006/123 vylučuje. V každém případě ale zásadně půjde o věci, kde příslušník jednoho členského státu realizuje své právo svobody usazování na území druhého členského státu. Čistě vnitrostátní právní úprava může spadat do působnosti ustanovení týkajících se základních svobod zaručených právem EU zpravidla pouze v rozsahu, v němž se použije na situace mající souvislost s obchodem mezi členskými státy (ohledně ukázek aplikace tohoto pravidla lze odkázat na judikaturu soudního dvora citovanou v rozhodnutí NSS č. j. 10 As 62/2015 - 172).

[30] *Ohledně stěžovatelem uváděného rozhodnutí ve věci Berlington Hungary platí to, co uvedl Nejvyšší správní soud v bodě 18 posledně citovaného rozhodnutí. Od aplikovatelnosti práva EU nutno odlišovat přípustnost předběžné otázky v takové věci. O nezbytnosti rozhodnutí předběžné otázky pro rozhodnutí sporu rozhoduje sám vnitrostátní soud. Pasáže odkazované stěžovatelem z rozhodnutí Berlington Hungary řeší právě přípustnost předběžné otázky, nikoli otázku aplikovatelnosti práva EU na čistě vnitrostátní případ. K aplikovatelnosti naopak soud uvedl, že je třeba připomenout, že takové vnitrostátní právní předpisy, jako jsou předpisy dotčené v původním řízení – které jsou použitelné bez rozdílu ve vztahu k maďarským státním příslušníkům i příslušníkům ostatních členských států – mohou spadat do působnosti ustanovení týkajících se základních svobod zaručených Smlouvou o FEU zpravidla pouze v rozsahu, v němž se použijí na situace mající souvislost s obchodem mezi členskými státy (...)' (bod 24). **Jak výše uvedeno, souvislost s obchodem mezi členskými státy v posuzovaném případě není. Aplikované vnitrostátní pravidlo se žádné svobody zaručené právem EU nedotýká. Otázka pohybu osob z jiných členských států předmětem řízení rovněž není. Proto je poukaz stěžovatele na jeho mezinárodní klientelu bezpředmětný. Zahraniční klientela na jakoukoliv ze základních ekonomických svobod, kterou by stěžovatel využíval, neměla vliv.** [zvýraznění doplněno předkládajícím senátem NSS]*

[31] *Není ani nutné pokládat Soudnímu dvoru otázky formulované stěžovatelem. Správní soudy v této věci neaplikují vnitrostátní úpravu navázanou jakkoliv na právo EU. Stejně tak předmětem nynější věci vůbec není zájem cizozemských provozovatelů vstoupit na český herní trh. Předmět nynější věci je zrušení dříve vydaného povolení k provozu výherních hracích přístrojů stěžovatele jako české obchodní společnosti, kterým došlo ke zkrácení původní doby platnosti povolení k provozování loterií. Na věc tedy právo EU nedopadá, a nejsou tu ani splněny jakékoliv další podmínky, pro které by soud považoval za nutné položit předběžné otázky formulované stěžovatelem.“*

[24] Pátý senát se s tímto právním hodnocením neztotožňuje. Ačkoliv lze akceptovat premisu, dle níž je nutno od aplikovatelnosti práva EU na konkrétní věc odlišovat pravomoc Soudního dvora odpovědět na předloženou předběžnou otázku týkající se právě rozsahu působnosti práva EU, závěry, které první senát z tohoto rozlišení vyvozuje, nepovažuje předkládající senát za správné. První senát předně na základě této premisy zcela pominul argumentaci Soudního dvora, který v bodu 25 rozsudku *Berlington Hungary* nejprve poznamenal, že část klientely žalobkyň v původním řízení tvořili občané Unie na dovolené v Maďarsku, a dále v bodu 26 uvedl, že „[s]lužby, které poskytovatel se sídlem v jednom členském státě dodá, aniž se přemístil, příjemci v jiném členském státě, přitom představují přeshraniční poskytnutí služeb ve smyslu článku 56 SFEU (v tomto smyslu viz rozsudky *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, body 21 a 22; *Gambelli a další*, C-243/01, EU:C:2003:597, bod 53, a *Komise v. Španělsko*, C-211/08, EU:C:2010:340, bod 48)“.

[25] Přestože je uvedená pasáž obsažena v části rozsudku, v níž se Soudní dvůr zabýval svou pravomocí odpovědět na položené předběžné otázky, současně v ní poskytuje výklad čl. 56 SFEU, jenž je při posuzování obdobných případů třeba vzít v úvahu. Tvrdil-li tedy stěžovatel, že poskytuje služby rovněž příjemcům usazeným v jiných členských státech (státním příslušníkům jiných členských států), nelze aplikovatelnost unijního práva vyloučit pouhým konstatováním, že se jedná o výlučně vnitrostátní právní vztah nemající souvislost s obchodem mezi členskými státy. Z rozsudku *Berlington Hungary*, totiž zřetelně vyplývá, že tvoří-li část klientely státní příslušníci jiných členských států EU, nejde o

pokračování

výlučně vnitrostátní vztah, nýbrž se jedná o přeshraniční poskytování služeb ve smyslu článku 56 SFEU.

[26] Skutečnost, že stěžovatel je českou právnickou osobou nabízející služby na území České republiky, tedy nevylučuje aplikovatelnost unijního práva na daný případ. Z ustálené judikatury Soudního dvora je naopak zřejmé, že ustanovení o volném pohybu služeb přiznávají práva jak poskytovatelům přeshraničních služeb, tak jejich příjemcům. Volný pohyb služeb tak zahrnuje nejen svobodu poskytovatele nabízet a poskytovat služby příjemcům usazeným v jiném členském státě, než je stát, na jehož území se tento poskytovatel nachází, ale také svobodu přijímat nebo využívat coby příjemce služby nabízené poskytovatelem usazeným v jiném členském státě, aniž by mu v tom bránila nějaká omezení (viz v tomto smyslu rozsudky Soudního dvora ze dne 31. 1. 1984, *Luisi a Carbone*, 286/82 a 26/83, EU:C:1984:35, bod 16, ze dne 26. 10. 1999, *Eurowings Luftverkehrs*, C-294/97, EU:C:1999:524, body 33 a 34, a ze dne 6. 11. 2003, *Gambelli a další*, C-243/01, EU:C:2003:597, bod 55).

[27] Pokud by tedy stěžovatel prokázal, že pravidelně poskytoval služby rovněž státním příslušníkům jiných členských zemí EU, pak by bylo nepochybné, že je mu žalobou napadeným rozhodnutím na základě obecně závazné vyhlášky obce bráněno nabízet a poskytovat loterijní služby právě rovněž těmto osobám (srov. např. rozsudek Soudního dvora ze dne 30. 4. 2014, *Pfleger a další*, C-390/12, EU:C:2014:281, bod 39). Vnitrostátní úprava by tedy v takovém případě představovala omezení volného pohybu služeb i z hlediska stěžovatele ve vztahu k jeho zákazníkům z jiných členských států EU, a bylo by proto namístě posoudit, zda dané opatření může být odůvodněno na základě kritérií unijního práva.

[28] Případná není v tomto smyslu ani argumentace městského soudu, dle níž by se „volného pohybu služeb mohli na území České republiky dovolávat zákazníci z jiných členských států, avšak nikoli žalobce, protože jeho se v daném případě otázka přeshraničního pohybu vůbec netýká“.

[29] Podle názoru předkládajícího senátu nelze vycházet z toho, že se na konkrétní právní vztah uplatní unijní právo pouze v případě, kdy se jej bude domáhat příjemce služby usazený v jiném členském státě, zatímco se v tomtéž právním vztahu unijní právo neuplatní na tuzemského poskytovatele, neboť ten nepřekračuje hranice. Práva vyplývající z ustanovení o volném pohybu služeb mají zrcadlovou povahu a právu poskytovatele nabízet a poskytovat služby příjemcům usazeným v jiném členském státě tak koresponduje svoboda přijímat nebo využívat coby příjemce služby nabízené poskytovatelem usazeným v jiném členském státě.

[30] Skutečnost, že úprava hazardních her a loterií nepodléhá na úrovni Evropské unie harmonizaci a je tak věcí právních předpisů každého členského státu, jak danou oblast upraví, nemění nic na tom, že při výkonu této pravomoci musí členské státy dodržovat právo Unie, především ustanovení primárního práva mj. o volném pohybu služeb. Vnitrostátní opatření může představovat omezení volného pohybu služeb tehdy, pokud výkon volného pohybu služeb zakazuje, brání mu nebo jej činí méně atraktivním (viz

např. rozsudek Soudního dvora ze dne 18. 10. 2012, X, C-498/10, EU:C:2012:635, bod 22 a tam citovaná judikatura).

[31] Současně je třeba mít na paměti, že při posuzování, zda určité omezení základních svobod vnitřního trhu spadá do rámce unijního práva, není Soudním dvorem uplatňováno hledisko „*de minimis*“. Soudní dvůr naopak konstantně judikuje, že SFEU se vztahuje i na omezení základní svobody malého rozsahu nebo menšího významu (v tomto smyslu viz rozsudky ze dne 15. 2. 2000, *Komise v. Francie*, C-34/98, EU:C:2000:84, bod 49; ze dne 11. 3. 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, EU:C:2004:138, bod 43; ze dne 14. 12. 2006, *Denkavit Internationaal a Denkavit France*, C-170/05, EU:C:2006:783, bod 50, a ze dne 18. 10. 2012, X, C-498/10, EU:C:2012:635, bod 30).

[32] Otázkou aplikovatelnosti ustanovení SFEU týkajících se základních svobod se Soudní dvůr dále zabýval v rozsudku ze dne 15. 11. 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15, EU:C:2016:874, v němž zvažoval aplikovatelnost čl. 49, čl. 56 a čl. 63 SFEU jakožto předpokladu pro uplatnění mimosmluvní odpovědnosti státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením unijního práva. Soudní dvůr v bodu 47 rozsudku odkázal na svou předchozí judikaturu (viz zejména rozsudky Soudního dvora ze dne 20. 3. 2014, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona*, C-139/12, EU:C:2014:174, bod 42, a ze dne 30. 6. 2016, *Admiral Casinos & Entertainment*, C-464/15, EU:C:2016:500, bod 21) a podotkl, že ustanovení SFEU v oblasti svobody usazování, volného pohybu služeb a volného pohybu kapitálu se nepoužijí na situaci, jejíž všechny prvky se nacházejí pouze uvnitř jednoho členského státu. Za určující tedy Soudní dvůr považoval posouzení konkrétních skutečností, na jejichž základě lze shledat vazbu mezi okolnostmi případu a články čl. 49, čl. 56 a čl. 63 SFEU. Takovéto posouzení je přitom povinen provést vnitrostátní soud (bod 54 citovaného rozsudku).

[33] Tytéž závěry je dle předkládajícího senátu třeba uplatnit i v nyní posuzované věci, v níž rozhodující okolnost představuje určení aplikovatelnosti unijního práva. Pokud tedy v posuzovaném případě (stejně tak jako ve věci sp. zn. 1 As 297/2015) stěžovatel navrhol v řízení před městským soudem důkazy k prokázání existence unijního prvku, bylo povinností správních soudů se danou otázkou zabývat. V případě, že by skutečně byla prokázána dostatečná souvislost konkrétních okolností případu se základními svobodami (zde volným poskytováním služeb), bylo by dále namístě posouzení, zda dotčená vnitrostátní opatření (zde zejména příslušná obecně závazná vyhláška), může představovat omezení základních svobod vnitřního trhu, popř. zda takové omezení může být z hlediska unijního práva odůvodněno.

[34] Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že omezení svobody volného pohybu služeb může být odůvodněno jak důvody veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví (viz čl. 52 ve spojení s čl. 62 SFEU), tak tzv. naléhavými požadavky obecného zájmu, mezi něž dle judikatury Soudního dvora mimo jiné patří ochrana spotřebitelů proti hráčské závislosti a předcházení trestné činnosti a podvodům spojeným s hrami (viz bod 58 rozsudku *Berlington Hungary* a tam citovaná judikatura). Soudní dvůr přitom ponechává na soudech členských států, aby samy posoudily splnění podmínek, za nichž je předmětné omezení odůvodněno. V rozsudku *Berlington Hungary* ovšem současně poskytuje návod, na jehož základě lze dospět k závěru, zda vnitrostátní úprava může být z pohledu unijního práva ospravedlněna (viz body 54 až 92 uvedeného rozsudku či obdobně body 40 až 56

pokračování

rozsudku Soudního dvora ze dne 30. 4. 2014, *Pfleger a další*, C-390/12, EU:C:2014:281, či body 35 až 48 rozsudku Soudního dvora ze dne 22. 6. 2017, *Unibet International*, C-49/16, ECLI:EU:C:2017:491). Právě na základě zmíněných kritérií je v případě, kdy je prokázána existence unijního prvku, třeba podrobit vnitrostátní právní úpravu posouzení z hlediska jejího souladu s právem EU.

[35] Toho si byl vědom rovněž zákonodárce, čemuž nasvědčuje důvodová zpráva k zákonu č. 300/2011 Sb., jímž byl novelizován zákon o loteriích, i důvodová zpráva k zákonu č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách, jímž byl s účinností od 1. 1. 2017 zákon o loteriích nahrazen. Posledně zmíněná důvodová zpráva k § 1 zákona o hazardních hrách vymezujícímú předmět úpravy konkrétně uvádí: „Účelem zákona je vymezit podmínky pro provozování hazardních her, ochrana veřejného pořádku, omezení vzniku a dopadu společenských rizik vyplývajících z provozování a účasti na těchto hrách a přispět k ochraně spotřebitelů a osob mladších 18 let. Na základě těchto uvedených důvodů může právní úprava obsahovat určitá omezení odchylovající se od ustanovení primárního práva Evropské unie, konkrétně pak například od čl. 49 Smlouvy o fungování Evropské unie upravující právo usazování, čl. 56 Smlouvy o fungování Evropské unie upravující volný pohyb služeb v rámci Evropské unie a čl. 63 Smlouvy o fungování Evropské unie upravující volný pohyb kapitálu. Soudní dvůr Evropské unie totiž přiznává členským státům s ohledem na zvláštní povahu hazardních her následující oprávnění při regulaci tohoto odvětví: ‚V tomto kontextu mohou zvláštnosti morální, náboženské nebo kulturní povahy, jakož i morálně a finančně škodlivé důsledky pro jednotlivce a společnost, které souvisejí s hrami a sázkami, odůvodnit existenci dostatečné posuzovací pravomoci vnitrostátních orgánů pro stanovení požadavků, které zahrnují ochrana spotřebitele a společenského pořádku.‘ (rozsudky ze dne 6. listopadu 2003, *Gambelli a další*, C 243/01, *Recueil*, s. I 13031, bod 63, jakož i ze dne 6. března 2007, *Placanica a další*, C 338/04, C 359/04 a C 360/04, *Sb. rozh. s. I* 1891, bod 47). S ohledem na skutečnost, že oblast hazardních her není na unijní úrovni plně harmonizována, přiznal Soudní dvůr členským státům možnost zvolit si vlastní systém opatření, která budou zaručovat dosažení cílů vnitrostátní politiky, a to za podmínky, že přijatá opatření budou v souladu s primárním právem Evropské unie. Tato skutečnost byla deklarována nejen v prvním rozhodnutí ohledně hazardních her – rozsudek Soudního dvora ze dne 24. března 1994 ve věci C-275/92 *Schindler*, zejména bod 2 věta třetí a bod 31 – ale i v rozhodnutí Soudního dvora v této oblasti, ve věci C-42/07 *Liga Portuguesa*, bod 57-61 (dále pak viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 21. září 1999 ve věci C-124/97 *Läärä*, body 14 a 36; rozsudek z 21. října 1999 ve věci C 67/98 *Zenatti*, bod 15; rozsudek ze dne 6. listopadu 2003 ve věci C-243/01 *Gambelli a další*, bod 63, jakož i rozsudek ze dne 6. března 2007 ve věci C-338/04 *Placanica a další*, bod 47). Podrobné odůvodnění jednotlivých omezení v souladu s výše uvedeným jsou dále rozvedena k jednotlivým ustanovením.“

[36] Bez významu není ani skutečnost, že přesvědčení o aplikovatelnosti unijního práva v obdobných případech sdílí rovněž Evropský soud pro lidská práva (dále jen „ESLP“). Ten se k dané otázce vyjádřil např. ve svém rozhodnutí ze dne 23. 2. 2016, *SLOT Group, a. s. proti České republice*, stížnost č. 65008/13, jímž prohlásil za nepřijatelnou stížnost společnosti SLOT Group brojící proti odebrání povolení k provozování loterií pro nevyčerpání vnitrostátních prostředků nápravy. ESLP v dané věci poukázal na své rozhodnutí ze dne 8. 9. 2015, *Laurus Invest Hungary KFT, Continental Holding Corporation*

a další proti Maďarsku, stížnost č. 23265/13 a další, a podotkl, že osoby v obdobném postavení, jako je stěžovatelka (společnost SLOT Group, a. s.), mají na základě rozsudku Soudního dvora ve věci *Berlington Hungary*, možnost domáhat se náhrady případné škody způsobené právním předpisem, který je v rozporu s právem Evropské unie. V citovaném rozhodnutí *Laurus Invest Hungary KFT, Continental Holding Corporation a další proti Maďarsku* přitom ESLP v bodech 36 a násl. dále rozvedl, že vnitrostátní soudy jsou v řízení o náhradě škody povinny uplatňovat kritéria, která Soudní dvůr podrobně specifikoval v rozsudku *Berlington Hungary* a která jsou obdobná těm, jež vyplývají z čl. 1 Protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.

[37] Vzhledem k uvedeným závěrům a zejména citované bohaté judikatuře Soudního dvora již není dle pátého senátu nutné předkládat Soudnímu dvoru předběžnou otázku ohledně toho, zda je v nyní posuzované věci dán unijní prvek, a prozatím se nejví nutně tak učinit ani ohledně kritérií, na základě kterých má být provedeno posouzení souladu vnitrostátní regulace hazardních her s unijním právem, neboť jak rozsah působnosti unijního práva, tak v obecné rovině i uvedená kritéria již byly judikaturou Soudního dvora poměrně jasně vymezeny, a jedná se tedy v tomto rozsahu o *acte éclairé*. Stanovený postup je současně závazný pro soudy členských států posuzující obdobné případy a je třeba jej respektovat.

[38] Pokud jde o související otázku týkající se notifikace obecně závazných vyhlášek jako technických předpisů ve smyslu směrnice 98/34/ES, zde se předkládající senát ztotožňuje se závěry vyslovenými v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 7. 2017, sp. zn. 1 As 5/2017, dle něhož příslušné obecně závazné vyhlášky nenaplňují definici technického předpisu a nepodléhají tak notifikační povinnosti, neboť jejich působnost je i při zohlednění kumulativních vlivů natolik omezená, že se nedotýká cílů, k jejichž ochraně směrnice působí. V dané otázce tedy pátý senát neshledává rozpor v judikatuře ani potřebu se od dosavadních závěrů odchýlit.

[39] Pokud se tedy rozšířený senát ztotožní se závěry překládajícího senátu, bude v dalším řízení nezbytné zabývat se nejprve otázkou existence unijního prvku a následně případně též otázkou souladu vnitrostátní úpravy s unijním právem, jak bylo nastíněno výše. Za tím účelem si soud bude muset vyžádat od dotčené obce vyjádření, popř. jiné podklady, prokazující soulad příslušné obecně závazné vyhlášky s unijním právem.

[40] Obdobně Nejvyšší správní soud ostatně postupuje při posuzování souladu příslušných obecně závazných vyhlášek s ústavním pořádkem a dotčenými zákony. V již zmíněném rozsudku ze dne 13. 7. 2017, sp. zn. 1 As 5/2017, jímž Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek městského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení, zdejší soud konkrétně uvádí, že obec musí uvést kritéria, kterými se při úpravě řídila, a to takovým způsobem, že bude v konkrétním případě aplikace kritérií objektivně ověřitelná. Pak teprve bude dle prvního senátu možné posoudit, zda úprava je souladná s principem rovnosti a zákazem libovůle. Tato kritéria by ideálně měla být uvedena již v přílohových dokumentech k obecně závazným vyhláškám ve smyslu nálezu Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10, N 151/62 SbNU 315, lze nicméně akceptovat, i pokud je obce předeštrou až následně v soudním řízení.

pokračování

III.

[41] V této souvislosti ovšem předkládající senát považuje dále za nezbytné poukázat na skutečnost, že panuje nejednota ohledně toho, jaké postavení příslušná obec v řízení před správními soudy má. V některých případech totiž městský soud příslušným obcím přiznává postavení osoby zúčastněné na řízení (viz např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 12. 4. 2017, č. j. 10 Af 82/2014 – 118), zatímco v jiných nikoli (viz např. rozsudky Městského soudu v Praze ze dne 15. 6. 2016, č. j. 3 Af 39/2014 – 157, ze dne 17. 8. 2016, č. j. 3 Af 66/2014 – 103, ze dne 26. 11. 2015, č. j. 11 Af 45/2014 – 119, či ze dne 1. 12. 2016, č. j. 11 Af 45/2014 – 225). Tato nejednota se rovněž promítá do rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu, neboť pochybení spočívající v tom, že městský soud rozhodující o žalobě nevyrozumí postupem dle § 34 odst. 2 s. ř. s. osobu, jež splňuje podmínky § 34 odst. 1 s. ř. s., a neumožní jí tak účastnit se řízení jako osoba na něm zúčastněná, představuje vadu řízení před krajským soudem, jež mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. K této případné vadě tedy Nejvyšší správní soud musí přihlédnout v souladu s § 109 odst. 4 s. ř. s. z úřední povinnosti (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 5. 2006, č. j. 8 As 32/2005 – 81, publ. pod č. 489/2005 Sb. NSS, či z poslední doby rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 34/2016 – 67, ze dne 19. 4. 2017, č. j. 2 As 63/2017 – 44, a ze dne 14. 6. 2017, č. j. 2 As 310/2016 – 52).

[42] Uvedená otázka úzce souvisí i s tím, jaké postavení má mít příslušná obec v těchto případech již ve správním řízení vedeném Ministerstvem financí, jehož předmětem je zrušení povolení k provozování loterie či jiné podobné hry na základě obecně závazné vyhlášky dané obce. Ve většině případů se vychází z toho, že taková obec je ve správním řízení dotčeným orgánem podle § 136 odst. 2 správního řádu, dle něhož mají postavení dotčených orgánů územní samosprávné celky, jestliže se věc **týká** jejich práva na samosprávu (srov. např. nyní posuzovaný případ a dále např. již zmiňovanou věc sp. zn. 1 As 297/2015).

[43] Toto ustanovení je však pouze subsidiární povahy ve vztahu k § 27 správního řádu, které upravuje účastenství ve správním řízení, tedy dopadá na územní samosprávné celky pouze v těch případech, jež se **týkají** jejich práva na samosprávu, pokud tyto celky nemají přímo postavení účastníka řízení (srov. Vedral, J. Správní řad. Komentář. II. aktualizované a rozšířené vydání. Praha, Bova Polygon, 2012, s. 1028). Podle § 27 odst. 2 správního řádu jsou účastníky řízení též osoby, které nesplňují definici účastníka řízení dle prvního odstavce téhož ustanovení, ale které mohou být rozhodnutím **přímo dotčeny** ve svých právech a povinnostech. Obdobně dle § 34 odst. 1 s. ř. s. osobami zúčastněnými na řízení jsou zejména osoby, které byly **přímo dotčeny** ve svých právech a povinnostech vydáním žalobou napadeného rozhodnutí, nebo ty, které mohou být **přímo dotčeny** jeho zrušením.

[44] Je tedy třeba posoudit, zda rozhodnutím o odnětí povolení k provozování loterií či jiných podobných her, které je vydáváno na základě příslušné obecně závazné vyhlášky obce, nebo jeho případným zrušením správním soudem byla či může být tato obec **přímo dotčena** na svém právu na samosprávu, nebo se jedná o dotčení toliko nepřímé, tedy taková věc se práva na samosprávu obce pouze **týká**. Na odpovědi na tuto otázku závisí, zda má mít obec v takovém správním řízení postavení jeho účastníka dle § 27 odst. 2 správního

řádu a následně v řízení o žalobě, příp. kasační stížnosti příslušného provozovatele loterie či jiné podobné hry postavení osoby zúčastněné na tomto řízení, nebo zda má ve správním řízení pouze postavení dotčeného orgánu dle § 136 odst. 2 správního řádu a v navazujícím soudním řízení správním jí v takovém případě žádné formální postavení nepřisluší, neboť v soudním řádu správním institut obdobný § 136 odst. 2 správního řádu chybí.

[45] S tím úzce souvisí i otázka, zda by obci samotné případně svědčila (po vyčerpání opravného prostředku ve správním řízení) procesní legitimace dle § 65 odst. 1 či 2 s. ř. s. k podání žaloby proti rozhodnutí Ministerstva financí v řízení o odnětí povolení k provozování loterie či jiné podobné hry, pokud by měla za to, že toto rozhodnutí není v souladu s její obecně závaznou vyhláškou. Ačkoliv dosavadní judikatura Nejvyššího správního soudu v zásadě stojí na tom, že orgán vykonávající veřejnou moc se v této své kapacitě nemůže stát žalobcem, tedy k ochraně jeho „oprávnění“ při tomto výkonu veřejné moci nemohou sloužit žaloby ve správním soudnictví (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 9. 2013, č. j. 5 As 124/2011 - 126, publ. pod č. 2958/2014 Sb. NSS, a ze dne 11. 11. 2004, č. j. 2 As 36/2004 - 46, publ. pod č. 477/2005 Sb. NSS), je otázkou, zda by se tato judikatura uplatnila i v případě územního samosprávného celku, jenž by byl žalobou napadeným rozhodnutím přímo dotčen na svém právu na samosprávu, které uplatnil formou vydání obecně závazné vyhlášky (k tomu srov. výše citovaný komentář ke správnímu řádu, s. 1029).

[46] Zatímco většina rozhodnutí Nejvyššího správního soudu v obdobných případech zjevně (byť převážně implicitně) preferuje druhou zmiňovanou možnost výkladu citovaných ustanovení (tj. postavení obce jako dotčeného orgánu, nikoli však účastníka správního řízení s výše popsány důsledky i pro navazující řízení soudní), je třeba poukázat též na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2013, č. j. 8 Afs 49/2011 - 75, v němž osmý senát shledal, že přestože se na danou věc nevztahovala právní úprava dle § 45 odst. 3 zákona o loteriích, ve znění účinném od 1. 1. 2012, podle které dotčená obec byla účastníkem prvního správního řízení o vydání povolení provozování (v provozovně na určité adrese) loterie nebo jiné podobné hry podle § 2 písm. g), i), j), l) a n) zákona o loteriích, dle názoru osmého senátu příslušné obci svědčilo ve správním řízení o povolení umístění jednotlivých koncových IVT postavení účastníka řízení dle § 27 odst. 2 správního řádu (viz zdůvodnění tohoto závěru v bodech 23 až 35 rozsudku osmého senátu), a z citovaného rozsudku vyplývá rovněž to, že obec, které měla v daném řízení před správními soudy postavení žalobce, je procesně legitimována přinejmenším k podání žaloby proti rozhodnutí ministra financí o zamítnutí jejího rozkladu (patrně pro nepřipustnost) proti povolovacímu rozhodnutí Ministerstva financí. Jakkoli se v uvedené věci jednalo o povolení, nikoliv odnětí povolení k provozování loterie či jiné podobné hry, byly skutečnosti rozhodné pro posouzení předmětné otázky v zásadě srovnatelné, a přesto dospěl Nejvyšší správní soud k odlišným závěrům, než ve většině věcí týkajících se odnětí povolení.

[47] Aktuální judikatorní praxe tedy nasvědčuje tomu, že správní soudy zastávají v obdobných případech ve vztahu k dotčeným obcím odlišný přístup. Předkládající senát se ovšem přiklání k názoru vyjádřenému v citovaném rozhodnutí osmého senátu, a naopak se chce odchýlit např. od již zmiňovaného rozsudku prvního senátu ze dne 20. 1. 2016, č. j. 1 As 297/2015 - 77, vzhledem k tomu, že v uvedené věci (obdobně jako v celé řadě dalších věcí) dotčené obce k vyjádření, zda budou uplatňovat práva osob zúčastněných na řízení,

pokračování

městským soudem zjevně vyzvány nebyly, a Nejvyšší správní soud k této, dle názoru pátého senátu, vadě řízení před městským soudem ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) a 109 odst. 4 s. ř. s. nepřihlédl, přestože rozsudek městského soudu zrušil právě z důvodu nevypořádání se s námitkou neústavnosti, resp. nezákonnosti příslušných obecně závazných vyhlášek.

[48] Předkládající senát je totiž přesvědčen o tom, že by v případech, kdy žalobou napadeným rozhodnutím došlo k odnětí povolení k provozování loterií či jiných podobných her na základě obecně závazné vyhlášky obce, mělo této obci svědčit postavení osoby zúčastněné na řízení. Je-li po obci požadováno, aby v soudním řízení (pokud se tak nestalo již v řízení správním, kde by tato obec měla být účastníkem dle § 27 odst. 2 správního řádu) obhájila ústavnost a zákonnost své vyhlášky (a pokud se rozšířený senát ztotožní s výše uvedenými závěry předkládajícího senátu, také její soulad s unijním právem), mělo by této obci v tomto řízení příslušet také určité formální postavení, které jí přizná odpovídající práva, tj. nejen právo (a zároveň i povinnost) reagovat na příslušnou výzvu městského soudu k vysvětlení účelu přijetí dané vyhlášky. K naplnění podmínek § 34 odst. 1 s. ř. s. přitom sice podle názoru předkládajícího senátu nepostačuje pouhá skutečnost, že správní soudy posuzují jako předběžnou otázku zákonnost a ústavnost dané vyhlášky (a případně též její soulad s unijním právem), na jejímž základě bylo vydáno žalobou napadené rozhodnutí, ale rozhodující význam má právě skutečnost, že by případným zrušením žalobou napadeného rozhodnutí o odnětí povolení k provozování loterií či jiných podobných her mohla být podle názoru předkládajícího senátu příslušná obec **přímo dotčena** na svém právu na samosprávu, neboť v takovém případě by žalobce (provozovatel) mohl pokračovat v provozování hazardních her v místě, o němž obec formou obecně závazné vyhlášky rozhodla tak, že se tam „hazard“ provozovat nemá (srov. v tomto smyslu výše citovaný nálezn Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10). Příslušná obec by tedy proti rozhodnutí městského soudu o žalobě provozovatele loterií proti rozhodnutí Ministerstva financí o odnětí povolení měla mít rovněž právo podat kasační stížnost a teprve v případě jejího zamítnutí také ústavní stížnost.

[49] Vzhledem k uvedeným skutečnostem předkládá pátý senát i tuto otázku k posouzení rozšířenému senátu.

IV.

[50] Je tedy zřejmé, že se pátý senát hodlá ve svých závěrech odchýlit od právního názoru vyplývajícího zejména z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 1. 2016, č. j. 1 As 297/2015 - 77, který je skutkově i právně srovnatelný, a to v otázce, zda v případech, kdy provozovatelé loterií či jiných podobných her, jimž bylo správním orgánem odňato povolení k provozování těchto her na základě obecně závazné vyhlášky obce, prokáží, že mezi jejich zákazníky pravidelně patřili i státní příslušníci jiných členských zemí EU, se mohou tyto provozovatelé dovolávat unijního práva, konkrétně ustanovení SFEU o svobodě pohybu služeb a k tomu se vztahující judikatury Soudního dvora, a dále v otázce, zda v řízení o žalobě, případně kasační stížnosti v těchto věcech má obec, jež vydala zmiňovanou obecně závaznou vyhlášku, postavení osoby zúčastněné na

řízení. Vzhledem k § 17 odst. 1 s. ř. s. ovšem pátý senát není oprávněn učinit judikatorní odklon, aniž by se obrátil na rozšířený senát.

[51] V souladu s uvedeným ustanovením proto pátý senát věc postupuje rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu a má za to, že ztotožní-li se rozšířený senát s právním názorem předkládajícího senátu, bude v následném řízení nezbytné zabývat se mj. důkazy předkládanými či navrhovanými stěžovatelem k prokázání výše popsaného unijního prvku, a bude-li takto prokázán, dále tím, zda předmětné vnitrostátní opatření ve formě obecně závazné vyhlášky omezující volný pohyb služeb může být z hlediska unijního práva odůvodněno. Vzhledem k tomu, že uvedené posouzení nebylo v řízení před městským soudem doposud učiněno a že je zároveň předkládající senát přesvědčen o tom, že by při posuzování této otázky souladu dané obecně závazné vyhlášky s unijním právem, jakož i otázky její ústavnosti a zákonnosti, v řízení před městským soudem mělo mít statutární město Děčín postavení osoby zúčastněné na řízení, je zřejmé, že rozhodnutí rozšířeného senátu o obou předkládaných právních otázkách je nezbytné pro rozhodnutí Nejvyššího správního soudu v nyní posuzované věci.

P o u č e n í :

Proti tomuto usnesení **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3, § 120 s. ř. s.).

Rozšířený senát bude ve věci rozhodovat ve složení: JUDr. Josef Baxa, JUDr. Zdeněk Kühn, JUDr. Karel Šimka, JUDr. Lenka Matyášová, JUDr. Barbara Pořízková, Mgr. Aleš Roztočil, Mgr. Jana Brothánková. Účastníci mohou namítnout podjatost těchto soudců (§ 8 odst. 1 s. ř. s.) do jednoho týdne od doručení tohoto usnesení.

Účastníci řízení mají právo se ve lhůtě jednoho týdne od doručení tohoto usnesení vyjádřit k věci předložené rozšířenému senátu.

V Brně dne 31. července 2017

JUDr. Jakub Camrda
předseda senátu