

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v rozšířeném senátu složeném z předsedy Josefa Baxy a soudců Zdeňka Kühna, Filipa Dienstbiera, Lenky Matyášové, Barbary Pořízkové, Aleše Roztočila a Karla Šimky v právní věci žalobkyně: **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, proti rozhodnutí ministra financí ze dne 22. července 2014, č. j. MF-111101/2013/34-2901-RK, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 15. června 2016, č. j. 3 Af 39/2014 - 157,

t a k t o :

I. Soudnímu dvoru Evropské unie se předkládají následující předběžné otázky:

1/ Použije se článek 56 a násl. Smlouvy o fungování Evropské unie na vnitrostátní právní předpis (obecně závaznou vyhlášku obce), který v části jedné obce zakazuje určitou službu, jen proto, že část zákazníků tímto předpisem dotčeného poskytovatele služby může pocházet či pochází z jiného členského státu Evropské unie?

Pokud ano, postačuje pro aplikovatelnost článku 56 Smlouvy o fungování Evropské unie pouhé tvrzení možnosti výskytu zákazníků z jiného členského státu, anebo je poskytovatel služby povinen dokázat reálné poskytování služeb zákazníkům pocházejících z jiných členských států?

2/ Je pro odpověď na první položenou otázku jakkoliv relevantní, že:

- a) Potenciální omezení svobody poskytování služeb je výrazně limitováno, a to jak geograficky, tak i věcně (potenciální aplikovatelnost výjimky *de minimis*);
- b) Není patrné, že by vnitrostátní právní předpis upravoval odlišným způsobem, právně nebo fakticky, postavení subjektů poskytujících služby především občanům jiných členských států Evropské unie, na straně jedné, a subjektů zaměřujících se na domácí klientelu, na straně druhé?

II. Řízení se přerušuje.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

[1] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) je česká obchodní společnost, která na základě povolení žalovaného ministerstva financí provozovala ve městě Děčín sázkové hry.

[2] Obecně závazná vyhláška statutárního města Děčín č. 3/2013, o regulaci provozování sázkových her, loterií a jiných podobných her, zakázala na celém území města Děčína provozování sázkových her, loterií a jiných podobných her podle zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách (dále též jen „zákon o loteriích“), a to vyjma kasin nacházejících se na místech uvedených v příloze č. 1 této vyhlášky. V důsledku vyhlášky se tedy poskytnutá povolení provozovatelů loterií a sázkových her dostala do rozporu s právem, ledaže jejich provozovny byly umístěny na některé z adres vymezených v příloze obecně závazné vyhlášky.

[3] Rozhodnutím ze dne 22. října 2013 žalovaný na základě § 43 odst. 1 zákona o loteriích zrušil stěžovatelčino povolení k provozování sázkových her na adrese Kamenická 657/155, Děčín. V odůvodnění uvedl, že toto povolení bylo v rozporu s obecně závaznou vyhláškou města Děčín č. 3/2013. Stěžovatelka podala proti uvedenému rozhodnutí žalovaného rozklad, který ministr financí rozhodnutím ze dne 22. července 2014 zamítl.

[4] Stěžovatelka napadla rozhodnutí žalobou, kterou Městský soud v Praze zamítl. V odůvodnění rozsudku soud krom jiného odmítl námitku rozporu vnitrostátní úpravy s právem EU. Právo EU na daný případ nedopadá, neboť stěžovatelka není osobou, která by v daném případě využívala volný pohyb služeb.

[5] Stěžovatelka podala proti rozsudku městského soudu kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu. V kasační stížnosti kritizuje městský soud, který prý pochybil tím, že neaplikoval právo EU. Ustanovení obecně závazné vyhlášky města Děčín č. 3/2013 a zákona o loteriích (zejména § 43 odst. 1 ve spojení s § 50 odst. 4) jsou dle jejího názoru v rozporu s právem EU. Stěžovatelka poukazovala zejména na rozsudek Soudního dvora *Berlington Hungary a další*, C-98/14, 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 České republice tato kritéria údajně nesplňuje. 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.

[6] S odkazem na body 25 a 26 rozsudku Soudního dvora ve věci *Berlington Hungary* stěžovatelka zdůraznila, že „část klientely“, která prostory s loteriemi v Děčíně navštěvovala a která tyto loterie jako služby využívala, byla tvořena občany jiných členských států EU. Těmto osobám tedy stěžovatelka poskytovala služby ve smyslu čl. 56 Smlouvy o fungování EU (SFEU). Své tvrzení doložila čestným prohlášením osoby detailně obeznámené se situací v provozovně, tuto osobu navrhovala též vyslechnout jako svědka. Vedle toho vznesla i řadu dalších námitek, které pro účely řízení o předběžné otázce není třeba reprodukovat.

[7] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti mimo jiné uvedl, že právo EU nedopadá na výlučně vnitrostátní situace. Argument o zahraniční klientele je bez významu.

[8] Pátý senát Nejvyššího správního soudu po předběžném posouzení věci usiluje o popření dosavadní judikatury Nejvyššího správního soudu. Proto věc předložil rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu. Pátý senát uvedl, že obecně v případech, jakým je i ten stěžovatelčin, Nejvyšší správní soud neshledává „unijní prvek“, tedy provozovatel loterií a jiných podobných her není oprávněn v příslušné věci dovolávat se práva EU týkajícího se zejména volného pohybu služeb. Stěžovatelka však v doplnění žaloby a v kasační stížnosti poukazovala na aplikovatelnost práva EU, neboť část její klientely tvoří státní příslušníci jiných členských států EU, jimž stěžovatelka poskytovala služby ve smyslu čl. 56 SFEU. Navíc město Děčín se nachází cca 25 km od německých hranic a je vyhledávaným místem poskytování služeb německým občanům. O přeshraničním prvku proto nemůže být pochyb. Tato námitka byla pro pátý senát důvodem pro předložení věci rozšířenému senátu.

[9] Pátý senát si myslí, že právo EU je na věc aplikovatelné, a to právě proto, že část klientely stěžovatelky tvoří občané jiných členských států EU. Tvrdila-li stěžovatelka, že poskytuje služby rovněž státním příslušníkům jiných členských států EU, nelze aplikovatelnost práva EU 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 výlučně vnitrostátní vztah, nýbrž se jedná o přeshraniční poskytování služeb ve smyslu článku 56 SFEU. Skutečnost, že stěžovatelka je českou právnickou osobou nabízející služby na území České republiky, tedy nevylučuje aplikovatelnost práva EU na daný případ.

[10] Pátý senát zdůrazňuje, že úprava hazardních her a loterií nepodléhá na úrovni EU harmonizaci. To ale nemění nic na tom, že členské státy musí dodržovat právo EU, především ustanovení primárního práva o volném pohybu služeb. Současně je třeba mít na paměti, že při posuzování, zda určité omezení základních svobod vnitřního trhu spadá do rámce práva EU, není Soudním dvorem uplatňováno hledisko „*de minimis*“. Soudní dvůr naopak konstantně judikuje, že Smlouva o fungování EU se vztahuje i na omezení základní svobody malého rozsahu nebo menšího významu.

[11] Vzhledem k uvedeným závěrům a zejména citované bohaté judikatuře Soudního dvora není dle pátého senátu nutné předkládat Soudnímu dvoru předběžnou otázku ohledně toho, zda je v nyní posuzované věci dán unijní prvek. Jedná se v tomto rozsahu o *acte éclairé*. Nicméně jiné senáty Nejvyššího správního soudu dospěly ve srovnatelných věcech k odlišnému závěru, totiž že právo EU na věc aplikovatelné není, jakkoliv byly služby zčásti poskytovány i občanům jiných členských států EU. Proto pátý senát postoupil věc rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu s tím, aby rozšířený senát dosavadní judikaturu změnil.

[12] V reakci na postoupení věci rozšířenému senátu navrhla stěžovatelka, aby rozšířený senát položil Soudnímu dvoru předběžnou otázku a vyjasnil si aplikovatelnost práva EU.

II. Použitelné právo Evropské unie a vnitrostátní právní úprava

[13] Článek 56 SFEU stanoví, že podle následujících ustanovení jsou zakázána omezení volného pohybu služeb uvnitř Unie pro státní příslušníky členských států, kteří jsou usazeni v jiném členském státě, než se nachází příjemce služeb.

[14] Podle § 50 odst. 4 zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, použitelného v roce 2013, obec může stanovit obecně závaznou vyhláškou, že sázkové hry, loterie a jiné podobné hry mohou být provozovány pouze na místech a v čase touto vyhláškou určených, nebo stanovit, na kterých místech a v jakém čase je v obci provozování uvedených loterií a jiných podobných her zakázáno, nebo úplně zakázat provozování uvedených loterií a jiných podobných her na celém území obce. Zákon současně vymezuje, co se rozumí sázkovou hrou, loterií a jinou podobnou hrou.

[15] Obce jsou podle zákona o loteriích oprávněny obecně závaznými vyhláškami vydanými v samostatné působnosti regulovat provozování sázkových a jiných podobných her. Tato jejich pravomoc zahrnuje úplný zákaz uvedených her na území obce, jejich selektivní povolení, anebo jejich všeobecné povolení. Volba konkrétní regulace je věcí politického uvážení obce v rámci výkonu práva na samosprávu. Některé obce pravomoci dle zákona o loteriích využívají, ať již kompletním zákazem, tak častěji zákazem selektivním (jak to v nynějším případě učinilo i město Děčín), naopak jiné obce nechávají tuto oblast bez regulace.

[16] Kontrola, zda obec nevybočila z mezí politického uvážení daného ústavními principy a případně právem EU (je-li na věc aplikovatelné), přísluší v rámci dozoru nad výkonem samostatné působnosti obcí primárně Ministerstvu vnitra. Kontrolu zákonnosti a ústavnosti obecně závazné vyhlášky provádějí též správní soudy, jak je tomu ostatně i v nynějším případě, či Ústavní soud.

[17] Město Děčín v návaznosti na citovaný § 50 odst. 4 zákona o loteriích vydalo obecně závaznou vyhlášku č. 3/2013, o regulaci provozování sázkových her, loterií a jiných podobných her. Vyhláška zakázala na celém území města Děčín provozování sázkových her, loterií a jiných podobných her podle zákona o loteriích. Současně v příloze č. 1 vyhláška vymezila přesné adresy, na kterých bude povoleno provozování kasin.

[18] Dosavadní judikatura Nejvyššího správního soudu dovozovala, že právo EU upravující volný pohyb služeb v rámci EU není na uvedený typ regulací aplikovatelné, třebaže část zákazníků kasin nebo podobných podniků jsou též občané jiných členských států EU.

III. Rozbor předkládané předběžné otázky

[19] V nynější věci čelí Nejvyšší správní soud otázce, zda je právo EU, konkrétně pravidla upravující volný pohyb služeb uvnitř EU (čl. 56 násl. Smlouvy o fungování EU), aplikovatelné jen proto, že část klientů kasina stěžovatelky tvoří občané jiných členských států EU.

[20] Z dále podaných důvodů dospěl rozšířený senát Nejvyššího správního soudu k potřebě předložit předběžnou otázku Soudnímu dvoru.

[21] Svoboda poskytování služeb garantována právem EU se vztahuje jak na poskytovatele služeb, tak na zákazníky (srov. *Cowan*, 186/87, EU:C:1989:47 a následující judikatura). Rozšířený senát předesílá, že v projednávané věci je jádrem sporu případné omezení svobody přijímání služeb na straně zákazníků. Stěžovatelka je českou akciovou společností se sídlem v České republice, proto ani nevystala námitka případného omezení volného pohybu služeb s ohledem na jejich poskytovatele.

[22] Rozšířený senát připouští, že z judikatury Soudního dvora plyne možná aplikovatelnost článku 56 násl. SFEU na nynější případ. Osoby usazené v určitém členském státě, které přicestují do jiného členského státu jakožto turisté nebo v rámci studijní cesty, je třeba považovat za příjemce služeb ve smyslu práva EU (*Komise v. Španělsko*, C-211/08, EU:C:2010:340, bod 51, s citací předchozí judikatury).

[23] V rozsudku *Berlington Hungary a další*, C-98/14, EU:C:2015:386, Soudní dvůr nejprve poznamenal, že část klientely žalobkyň v původním řízení tvořili občané Unie na dovolené v Maďarsku (bod 25), a dále v bodu 26 uvedl: „*Služby, 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*“. Soudní dvůr zde cituje též svou předchozí judikaturu (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).

[24] Takové vnitrostátní právní předpisy, jako je česká regulace loterií a sázkových her, které jsou použitelné bez rozdílu ve vztahu k domácím občanům i občanům ostatních členských států, mohou spadat do působnosti ustanovení týkajících se základních svobod zaručených Smlouvou o fungování EU zpravidla pouze v rozsahu, v němž se použijí na situace mající souvislost s obchodem mezi členskými státy (v tomto smyslu viz rozsudky *Anomar a další*, C-6/01, EU:C:2003:446, bod 39, a *Garkalns*, C-470/11, EU:C:2012:505, bod 21).

[25] Většina kauz, které v této souvislosti Soudní dvůr řešil, obsahovala významný „přeshraniční“ prvek.

[26] Ve věci *Alpine Investments* šlo o telefonické nabízení služeb v oblasti komoditních termínových smluv, tyto služby byly nabízeny z Nizozemska telefonicky nejen nizozemským zákazníkům, ale též klientům z jiných členských zemí EU; vnitrostátní regulace zakázala nabízet tyto služby též do jiných členských zemí. Proto Soudní dvůr dospěl k závěru, že právo EU „*se týká služeb, které poskytovatel nabízí telefonicky potenciálním příjemcům usazeným v jiných členských státech a které poskytuje, aniž by se přemístil, z členského státu, ve kterém je usazený*“ (bod 22).

[27] Ve věci *Gambelli* dospěl Soudní dvůr obdobně k závěru, že právo EU se týká i služeb, které poskytovatel, usazený v jednom členském státě, nabízí přes internet – a tedy aniž by se přemístil – příjemcům usazeným v jiném členském státě (šlo o přeshraniční nabízení služeb po internetu). Jakékoli omezení těchto činností představuje pro takového poskytovatele omezení volného pohybu služeb (bod 54).

[28] Ve věci *Berlington Hungary* Soudní dvůr sice upozornil na to, že část klientely žalobkyň v původním řízení tvořili občané EU na dovolené v Maďarsku (bod 25),

působnost práva EU však podpořil rovněž úvahou, že „nelze v žádném případě vyloučit, že provozovatelé usazení na území jiných členských států, než je Maďarsko, měli nebo mají zájem otevřít herny na maďarském území“ (bod 27).

[29] Je však zřejmé, že judikatura Soudního dvora ve vztahu k svobodě poskytování služeb doposud jasně neřekla, zda je právo EU včetně článku 56 násl. SFEU aplikovatelné jen proto, že službu v daném státě poskytovanou primárně vnitrostátním občanům může využívat či využívá též skupina občanů jiného členského státu EU.

[30] Tento problém vede rozšířený senát k předložení *první předběžné otázky*. Je-li v řízení před vnitrostátním soudem namítán případný rozpor s úpravou svobody poskytování služeb podle práva EU, kdo a v jakém rozsahu je povinen prokázat existenci přeshraničního prvku, který založí aplikovatelnost článku 56 a násl. SFEU? Postačí k aplikovatelnosti ustanovení Smlouvy (typicky) tvrzení účastníka řízení, že jeho provozovnu navštěvují či mohou navštěvovat občané jiných členských států? Nebo má tento účastník povinnost tuto skutečnost prokázat? Postačuje snad návštěva jednoho zákazníka z jiného členského státu?

[31] Rozšířený senát předesílá, že se nemůže ztotožnit s hypotetickým závěrem, že by snad (teoreticky) nahodilá návštěva byť jen jednoho jediného občana jiného členského státu EU v provozovně poskytující nějaké služby automaticky aktivovala použitelnost článku 56 SFEU ve vztahu k jakékoliv vnitrostátní právní úpravě, obecně regulující toto vnitrostátní odvětví služeb. V takovémto případě by asi v České republice neexistovala provozovna, jejíž regulace vnitrostátními předpisy by nespádala pod článek 56 SFEU. Ostatně v celé dnešní Evropě asi neexistuje provozovna, v podstatě jakéhokoliv typu, jejíž služby alespoň občas nevyužijí nějakí cizozemští klienti.

[32] *Druhou předběžnou otázkou* rozšířený senát doplňuje, zda by pro posouzení první otázky nemohly být relevantní úvahy a principy, které existují v jiných (příbuzných) oblastech práva Unie.

[33] Na straně jedné by mohlo být předmětem diskuse, zda by také v rámci svobody poskytování služeb nemělo být stanoveno pravidlo *de minimis*, existující kupříkladu v oblastech práva hospodářské soutěže, veřejných podpor, či (v podobě unijního prahu rozsahu/hodnoty zakázky) také v oblasti veřejných zakázek. Skutečně jde o ohrožení či omezení svobody poskytování služeb, které by mělo být předmětem zájmu práva EU a Soudního dvora, když v jednom malém českém městě je odejmuta licence pro provozování herny na jedné jediné adrese, z čehož by mohlo potenciálně plynout, že do oné provozovny pak už nemůže přijít zákazník z jiného členského státu?

[34] Rozšířený senát dodává, že i v případech, které by potenciálně byly *de minimis* z pohledu práva EU, by pochopitelně nedále příslušelo soudům členských států zajistit, aby omezení práva podnikat a poskytovat služby, jako je tomu v nynějším případě, nebyla svévolná a diskriminační. K tomu ale vnitrostátním soudům poskytuje dostatečnou oporu vnitrostátní právo. Správní soudy jsou samozřejmě připraveny poskytovat ochranu i pravidlům práva EU, předpokladem jejich aplikace je však dostatečná spojitost se svobodou poskytování služeb napříč EU. Takovouto spojitost rozšířený senát v nynější věci nevidí.

[35] Rozšířený senát také přiměřeně odkazuje na rozsudek *Keck a Mithouard*, C-267/91 a C-268/91, EU:C:1993:905, jakkoliv si je vědom, že se tento rozsudek týká volného

pohybu zboží, nikoliv služeb. Rozšířený senát se domnívá, že použití vnitrostátních právních předpisů, které na určitém území zakazují či regulují konkrétní službu, nemůže spadat do sféry aplikovatelnosti článku 56 SFEU jen proto, že část zákazníků poskytovatele služby je z jiného členského státu EU. To samozřejmě za předpokladu, že jsou tyto vnitrostátní právní předpisy použitelné na všechny dotčené subjekty provozující svou činnost na vnitrostátním území. Stejně tak je nutné, aby vnitrostátní právní předpisy regulovaly stejným způsobem, právně i fakticky, subjekty poskytující služby především občanům jiných členských států EU, na straně jedné, a subjekty zaměřující se na domácí klientelu, na straně druhé (srov. přiměřeně bod 16 rozsudku *Keck a Mithouard*).

[36] Rozšířený senát je přesvědčen, že pokud jsou tyto (nediskriminační) podmínky splněny, použití právní úpravy typu zákazu či regulace hazardu na komunální úrovni, jako je tomu v nynějším případě, nespadá do rozsahu působnosti článku 56 násl. SFEU. Rozšířený senát opakuje, že v nynější věci jde o provozovatele – českou právnickou osobu, zákaz se týká provozování hazardních her toliko v části města o velikosti cca 50.000 obyvatel. V části města ve vyhlášce výslovně uvedené je provozování hazardu dále povoleno. Nic v nynější věci nenasvědčuje tomu, že by obecně závazná vyhláška měla odlišný dopad, právně nebo fakticky, na subjekty poskytující služby především občanům jiných členských států EU (rozšířený senát poznamenává, že stěžovatelka nadto ani netvrdí, že by poskytovala služby *převážně* zahraniční klientele).

IV. Závěr

[37] Nejvyšší správní soud proto pokládá Soudnímu dvoru Evropské unie následující otázky:

1/ Použije se článek 56 a násl. SFEU na vnitrostátní právní předpis (obecně závaznou vyhlášku obce), který v části jedné obce zakazuje určitou službu, jen proto, že část zákazníků tímto předpisem dotčeného poskytovatele služby může pocházet či pochází z jiného členského státu EU?

Pokud ano, postačuje pro aplikovatelnost článku 56 SFEU pouhé tvrzení možnosti výskytu zákazníků z jiného členského státu, anebo je poskytovatel služby povinen dokázat reálné poskytování služeb zákazníkům pocházejících z jiných členských států?

2/ Je pro odpověď na první položenou otázku jakkoliv relevantní, že:

a) Potenciální omezení svobody poskytování služeb je výrazně limitováno, a to jak geograficky, tak i věcně (potenciální aplikovatelnost výjimky *de minimis*);

b) Není patrné, že by vnitrostátní právní předpis upravoval odlišným způsobem, právně nebo fakticky, postavení subjektů poskytujících služby především občanům jiných členských států Evropské unie, na straně jedné, a subjektů zaměřujících se na domácí klientelu, na straně druhé?

[38] V návaznosti na položení předběžné otázky Nejvyšší správní soud dle § 48 odst. 1 písm. b) s. ř. s. přerušil řízení. Poté, co Soudní dvůr o předložených otázkách rozhodne, bude v řízení Nejvyšší správní soud pokračovat (§ 48 odst. 6 s. ř. s.).

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

V Brně dne 21. března 2019

Josef Baxa
předseda rozšířeného
senátu