

USNESENÍ

Nejvyšší správní soud rozhodl v rozšířeném senátě složeném z předsedy Josefa Baxy a soudců Karla Šimky, Filipa Dienstbiera, Zdeňka Kühna, Lenky Matyášové, Barbary Pořízkové a Aleše Roztočila 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, o žalobě proti rozhodnutí ministra financí ze dne 22. 7. 2014, čj. MF-111101/2013/34-2901-RK, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 15. 6. 2016, čj. 3 Af 39/2014 – 157,

t a k t o :

Věc se vrací pátému senátu.

Odůvodnění:

I. Jádro sporu a jeho dosavadní průběh

I. 1. Jádro sporu

[1] Jádrem sporu v řízení před pátým senátem je, zda obecně závazná vyhláška 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 č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, v rozhodném znění (dále jen „zákon o loteriích“), a dále loterií a jiných podobných her podle § 2 písm. j) a § 50 odst. 3 téhož zákona, je v souladu s právem EU, a zda tedy jako taková mohla být podkladem žalobou napadeného rozhodnutí ministra financí a jediným právním důvodem, pro který byla zrušena povolení k provozování sázkových her žalobcem na konkrétním místě v Děčíně.

[2] Sporné je, zda na regulaci provozování sázkových her podle výše uvedených ustanovení dopadá právo EU týkající se zejména volného pohybu služeb, a pokud ano, zda OZV, jež byla podkladem žalobou napadeného rozhodnutí ministra financí, splňuje požadavek přiměřenosti uvedené regulace plynoucí z práva EU.

[3] Dále je sporné, zda v řízení před správními soudy, jejichž předmětem je správní rozhodnutí ve věci povolení k provozování sázkových her a jiných podobných her podle zákona o loteriích, pro jehož vydání byla podkladem obecně závazná vyhláška obce stanovící přípustnost, rozsah a jiné modalitty provozování těchto her, může obec, jež vyhlášku vydala, být osobou zúčastněnou na řízení (§ 34 odst. 1 s. ř. s.) či žalobcem.

I. 2. Dosavadní průběh sporu a jednání správních orgánů a soudů

[4] Rozhodnutím ze dne 22. 10. 2013, čj. MF-60562/3/2013/34, žalovaný na základě § 43 odst. 1 zákona o loteriích zrušil rozhodnutí ze dne 29. 9. 2011, čj. 34/87179/2011, čj. 34/87180/2011 a čj. 34/87181/2011, a to v části týkající se povolení provozování sázkových her žalobcem na adrese Kamenická 657/155, Děčín. K jejich zrušení přistoupil z důvodu jejich rozporu s OZV. Touto vyhláškou bylo na celém území města, vyjma kasin nacházejících se na místech uvedených v příloze č. 1 této vyhlášky, zakázáno 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.

[5] Žalobce podal proti rozhodnutí žalovaného rozklad. Ministr financí jej zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

[6] Žalobu proti rozhodnutí o rozkladu Městský soud v Praze zamítl. Podle soudu unijní právo na daný případ nedopadá, neboť žalobce není osobou, která by v daném případě využívala volný pohyb služeb. Statutární město Děčín při vydávání OZV nepřekročilo své pravomoci a dotčená vyhláška není diskriminační povahy.

I. 3. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

I. 3. 1. Kasační stížnost žalobce

[7] Žalobce (stěžovatel) podal proti rozsudku městského soudu kasační stížnost. Trval na rozporu regulace loterií a jiných podobných her s právem EU a na nezákonnosti OZV. Právo obcí regulovat loterie nemůže být absolutní a dle nálezů Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, Pl. ÚS 56/10, je 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*“. To městský soud neučinil.

[8] Městský soud 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 poukázal zejména na rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 6. 2015, *Berlington Hungary a další*, C-98/14 (dále jen „*Berlington Hungary*“), dle něhož musí opatření členských států přijatá v souvislosti s omezením provozování loterií na jejich území splňovat kritéria přiměřenosti (bod 92 rozsudku). Regulace loterií v ČR tato kritéria nespĺňuje. Z ustanovení zákona o loteriích ve spojení s OZV nevyplývá, že regulace v nich obsažená skutečně sleduje cíle souvisící s ochranou spotřebitelů před hráčskou závislostí a s bojem proti trestným a podvodným činnostem spojeným s hrami, a městský soud se danou otázkou ani nezabýval. Podle stěžovatele je vnitrostátní regulace loterií nesystematická a nekoherentní, neboť umožňuje obcím postupovat při vydávání obecných vyhlášek zcela svévolně, aniž by jim stanovila

jakákoliv pravidla či mantinely; je i v rozporu s principem právní jistoty a zásadou ochrany legitimního očekávání.

[9] Unijní prvek, který byl tvrzen v žalobě, je důkazně doložen, a 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 poukázal zejména na body 25 a 26 rozsudku *Berlington Hungary* a zdůraznil, že část klientely, která prostory s loteriemi v Děčíně navštěvovala a 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“). To bylo doloženo čestným prohlášením osoby detailně obeznámené se situací provozovny, jejíž výslech jako svědka stěžovatel městskému soudu navrhl. Děčín se ostatně nachází cca 25 km od německých hranic a je vyhledávaným místem poskytování služeb německým občanům.

[10] Městský soud měl dle čl. 95 odst. 1 Ústavy posoudit, zda OZV je v souladu se zákonem. Dle nálezu sp. zn. Pl. ÚS 56/10 je správní soud oprávněn obecně závaznou vyhláškou neaplikovat a „(n)evyplývá-li důvod vymezení konkrétních míst z okolností nebo povahy věci, tíží nakonec obec, jež obecně závaznou vyhláškou vydala, povinnost v řízení před soudem takové racionální a neutrální důvody předestřít 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, jež následně učinil, je nesprávný.

[11] OZV odporuje základním principům práva EU – neobsahuje přechodné ustanovení, příp. systém přiměřených náhrad. Má diskriminační povahu a nedostatečné odůvodnění nespĺňující požadavky nálezu sp. zn. Pl. ÚS 56/10. Statutární město Děčín 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 i v hernách.

[12] Stěžovatel dále namítal nezákonnost postupu žalovaného dle § 43 odst. 1 zákona o loteriích, neboť zrušením vydaných povolení došlo k porušení práva EU a ústavních principů právní jistoty a legitimního očekávání a toto zrušení představuje nepřipustný retroaktivní zásah do jeho právní sféry. Zpochybňoval zejména závěr žalovaného a městského soudu opírající se o nálezy Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13, dle něhož stěžovateli nevzniklo legitimní očekávání. Takovýto závěr odporuje skutkovým zjištěním a je v rozporu s principy právního státu.

[13] Vedle toho vznesl stěžovatel i další námítky napadající procesní postup žalovaného i soulad OZV s právem EU (např. otázka notifikace), které pro účely řízení před rozšířeným senátem není třeba reprodukovat.

I. 3. 2. Vyjádření žalovaného ke kasační stížnosti

[14] Žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti. K argumentaci rozsudkem *Berlington Hungary* uvedl, že se jedná o rozdílné věci; česká a maďarská právní úprava se liší. V ČR nedochází k rušení loterií a jiných podobných her okamžitě ze zákona, nýbrž se k rušení vydaných povolení k provozování loterií a jiných podobných her přistupuje 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.

[15] Žalovaný dále poukázal na judikaturu Soudního dvora – podle ní se hospodářský subjekt nemůže dovolávat ochrany legitimního očekávání, pokud je schopen předvídat přijetí opatření, které se může dotknout jeho zájmu, a toto opatření je později přijato. Hospodářské subjekty navíc nemohou 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, bod 53 a tam citovaná judikatura). Česká právní úprava představovaná zákonem o loteriích byla 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 dne 14. 6. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 29/10. Podle něho si provozovatelé musí být vědomi existence § 43 zákona o loteriích, a tedy toho, že mohou být v podstatě kdykoliv, nastanou-li v průběhu platnosti povolení okolnosti vylučující provoz těchto zařízení, povolení zbaveni. Žalovaný dále poukázal na již zmíněný nálezn 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).

[16] Žalovaný podotkl, že mu nepřísluší posuzovat nezákonnost či nepředvídatelnost obecně závazných vyhlášek obcí. 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 výhrad aplikovat.

[17] 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*). V posuzovaném případě lze uplatnit závěry, které Nejvyšší správní soud učinil v rozsudcích ze dne 24. 2. 2015, čj. 6 As 285/2014 - 32, a ze dne 22. 7. 2015, čj. 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, čj. 1 As 297/2015 - 77, v němž byl označen za bezpředmětný argument stěžovatele týkající se jeho zahraniční klientely, neboť ta neměla vliv na žádnou ze základních ekonomických svobod, kterou by stěžovatel využíval.

[18] K námitce diskriminační povahy OZV žalovaný poukázal na již zmíněný náleží Ústavního soudu 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 náleží obcím dána již před nabytím účinnosti § 50 odst. 4 zákona o loteriích, ve znění účinném od 14. 10. 2011.

[19] Ohledně námitky nezákonnosti postupu dle § 43 zákona o loteriích žalovaný poukázal na náleží sp. zn. Pl. ÚS 56/10, podle něhož 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 náleží sp. zn. Pl. ÚS 6/13).

II. Důvody předložení věci rozšířenému senátu

[20] Pátý senát při předběžném posouzení věci dospěl k závěru, že je třeba odchýlit se od názoru zaujatého Nejvyšším správním soudem či sjednotit jeho dosavadní nejednotnou judikaturu, a to u dvou okruhů právních otázek. Prvním je dopad práva EU na věc. Druhým pak procesní postavení obce, jejíž obecně závazná vyhláška byla podkladem rozhodnutí napadeného správní žalobou, v řízení před správními soudy.

II. 1. Dopad práva EU

[21] Podle pátého senátu obecně v případech, jakým je i ten stěžovatelův, 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 EU týkajícího se zejména volného pohybu služeb. Nicméně stěžovatel tvrdil a navrhol prokázat, že část jeho klientely měli tvořit státní příslušníci jiných členských států EU, jimž stěžovatel poskytoval služby ve smyslu čl. 56 SFEU (zejména němečtí občané, jelikož Děčín, kde stěžovatel působí, se nachází cca 25 km od německých hranic).

[22] Prokázal-li by stěžovatel, že pravidelně poskytoval služby rovněž státním příslušníkům jiných členských zemí EU, bylo by nepochybné, že je mu žalobou napadeným rozhodnutím na základě OZV 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, bod 39). Vnitrostátní úprava by 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 třeba posoudit, zda dané opatření může být odůvodněno na základě kritérií unijního práva.

[23] Obdobnou otázku za skutkově srovnatelných okolností řešil první senát v rozsudku ze dne 20. 1. 2016, čj. 1 As 297/2015 – 77. Možnost přítomnosti unijního prvku odmítl. Pátý senát s tím nesouhlasí. První senát podle jeho názoru pominul argumentaci Soudního dvora, jenž 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)“.

[24] Přestože je uvedena 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, jež 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* podle pátého senátu zřetelně vyplývá, že tvoří-li část klientely státní příslušníci jiných členských států EU, nejde o výlučně vnitrostátní vztah, nýbrž o přeshraniční poskytování služeb ve smyslu článku 56 SFEU.

II. 2. Procesní postavení obce v řízení před správními soudy

[25] Pátý senát v souvislosti s „hlavní“ právní otázkou zjistil nejednotu také v náhledu, jaké je postavení obce, jejíž OZV byla podkladem rozhodnutí ve věci povolení k provozování sázkových her, v řízení před správními soudy. V některých případech Městský soud v Praze příslušným obcím přiznal postavení osoby zúčastněné na řízení (viz např. jeho rozsudek ze dne 12. 4. 2017, čj. 10 Af 82/2014 – 118), zatímco v jiných nikoli (viz např. rozsudky ze dne 15. 6. 2016, čj. 3 Af 39/2014 – 157, ze dne 17. 8. 2016, čj. 3 Af 66/2014 - 103, ze dne 26. 11. 2015, čj. 11 Af 45/2014 – 119, či ze dne 1. 12. 2016, čj. 11 Af 45/2014 – 225). Nejednota v náhledu Městského soudu v Praze se promítá do rozhodování Nejvyššího správního soudu. Pokud krajský 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 účastnit se řízení jako osoba na něm zúčastněná, jde o 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 ní je třeba přihlížet z úřední povinnosti.

[26] Pokud žalobou napadeným rozhodnutím došlo k odnětí povolení k provozování loterií či jiných podobných her na základě obecně závazné vyhlášky obce, mělo by této obci svědčit postavení osoby zúčastněné na řízení. Případným zrušením žalobou napadeného rozhodnutí o odnětí povolení k provozování loterií či jiných podobných her by příslušná obec mohla být 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. Pátý senát poukázal na obdobný právní názor, který již zaujal NSS v rozsudku ze dne 22. 7. 2013, čj. 8 Afs 49/2011 – 75. Ve správním 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 svědčilo podle tohoto právního názoru příslušné obci postavení účastníka řízení dle § 27 odst. 2 správního řádu. Tato obec byla též procesně legitimována přinejmenším k podání žaloby proti rozhodnutí ministra financí o zamítnutí svého rozkladu proti povolovacímu rozhodnutí Ministerstva financí.

III. Vyjádření účastníků k usnesení o postoupení věci rozšířenému senátu

[27] V reakci na postoupení věci navrhl stěžovatel, aby rozšířený senát položil Soudnímu dvoru předběžnou otázku týkající se první z výše popsanych dvou právních otázek předložených pátým senátem rozšířenému senátu.

IV. Pravomoc rozšířeného senátu

IV. 1. K první otázce: aplikovatelnost práva EU na nynější věc

[28] Podle § 17 odst. 1 věty první s. ř. s., *dospěl-li senát Nejvyššího správního soudu při svém rozhodování k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, postoupí věc k rozhodnutí rozšířenému senátu.*

[29] K tomu, zda rozhodování žalovaného ve věci povolení k provozování sázkových her a jiných podobných her podle zákona o loteriích, jehož podkladem je obecně závazná vyhláška obce regulující na jejím území přípustnost, rozsah a jiné modality provozování těchto her, je věcí práva EU, konkrétně té jeho části, jež se týká volného pohybu služeb, se judikatura Nejvyššího správního soudu vyjadřovala delší dobu negativně (viz rozsudky NSS ze dne 24. 2. 2015 čj. 6 As 285/2014 – 32, č. 3194/2015 Sb. NSS, body 40, 41, ze dne 22. 7. 2015, čj. 10 As 62/2015 - 172, body 12-21, a ze dne 20. 1. 2016, čj. 1 As 297/2015 - 77, body 24-41).

[30] Jde-li o otázku účinků či výkladu práva EU, každý senát Nejvyššího správního soudu může kdykoli, bez ohledu na to, že v minulosti již tato právní otázka byla tímto soudem řešena, postupem podle čl. 267 SFEU položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru EU.

[31] Krom toho platí, že mj. též judikatura právě Soudního dvora „přebíjí“ předchozí s ní rozpornou judikaturu Nejvyššího správního soudu bez dalšího, tedy aniž by to pro účely její aplikace v rámci NSS musel vyslovit rozšířený senát (podrobný výklad k této otázce včetně odkazů na relevantní prejudikaturu viz nejnověji v usneseních rozšířeného senátu ze dne 2. 2. 2017, čj. 5 As 140/2014-76, č. 3540/2017 Sb. NSS, body 15-24, a ze dne 29. 5. 2019, čj. 10 As 2/2018-31, č. 3896/2019 Sb. NSS, bod 22).

[32] Z judikatury Soudního dvora zmíněné pátým senátem v předkládacím usnesení bylo patrné, že za skutkové situace tvrzené stěžovatelem by na jeho věc právo EU, konkrétně pravidla primárního práva upravující volný pohyb služeb v rámci EU, mohlo dopadat. V podrobnostech lze odkázat na důkladnou a přesvědčivou argumentaci pátého senátu v předkládacím usnesení, podloženou analýzou rozsáhlé již dostupné judikatury Soudního dvora, zejména však na body 25 a 26 rozsudku *Berlington Hungary*. Pátý senát ovšem upozornil, že judikatura jiných senátů (viz např. rozsudky čj. 6 As 285/2014 – 32, 10 As 62/2015 – 172 a 1 As 297/2015 - 77 zmíněné výše) vykládá stejnou judikaturu

Soudního dvora zcela jinak. Šestý, desátý i první senát judikaturu Soudního dvora nepominuly, jen ji (dle pátého senátu) nesprávně vyložily. Pátý senát považoval judikaturu Soudního dvora za jasnou, proto nepovažoval za nutné pokládat Soudnímu dvoru předběžnou otázku. S ohledem na právě popsanou situaci však nemohl ignorovat rozpornou judikaturu Nejvyššího správního soudu, a proto předložil věc rozšířenému senátu.

[33] Rozšířený senát za této situace shledal svou pravomoc věc rozhodnout. V dané věci totiž nešlo ani o situaci, kdy by předchozí rozhodnutí NSS pominula aspekt práva EU či přehlédla aplikovatelnou judikaturu Soudního dvora, ani o situaci, v níž by pozdější judikatura Soudního dvora věc doposavad spornou definitivně a jasně vyřešila.

[34] S ohledem na další možné souvislosti usoudil rozšířený senát, že otázka, v jaké míře by na skutkové situace toho typu, jakou je i věc stěžovatele, dopadalo právo EU upravující přeshraniční poskytování služeb, nebyla ani v rozsudku *Berlington Hungary* řešena do té míry, aby ji bylo možno považovat za zcela vyjasněnou. Současně považoval za nutné vyzvat Soudní dvůr, aby rozsah aplikovatelnosti práva EU v obdobných situacích omezil. Proto Soudnímu dvoru usnesením ze dne 21. 3. 2019, č. j. 5 As 177/2016-61, položil 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?“

[35] Soudní dvůr na položené předběžné otázky odpověděl rozsudkem ze dne 3. 12. 2020 ve věci C-311/2019 takto:

„Článek 56 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že se použije na situaci společnosti usazené v jednom členském státě, která pozbyla povolení k provozování hazardních her poté, co v tomto členském státě vstoupil v účinnost právní předpis určující místa, na nichž mohou být provozovány takové hry, a použitelný bez rozdílu na všechny poskytovatele provozující svou činnost na území tohoto členského státu bez ohledu na to, zda poskytují služby tuzemským státním příslušníkům nebo státním příslušníkům ostatních členských států, když část jejich zákazníků pochází z jiného členského státu, než ve kterém je usazena.“

[36] Soudní dvůr k odůvodnění svého právního názoru uvedl zejména následující (zvýraznění nyní provedl rozšířený senát):

„24 Z judikatury Soudního dvora také vyplývá, že přeshraniční situaci nelze předpokládat jen proto, že by občané Unie z jiných členských států mohli využít takto nabízených možností služeb

(v tomto smyslu viz usnesení ze dne 4. června 2019, Pólus Vegas, C-665/18, nezveřejněné, EU:C:2019:477, bod 24).

(...)

26 V souvislosti s případnou relevancí počtu klientů pocházejících z jiného členského státu je nutno odmítnout, jak navrhuje generální advokát v bodě 82 svého stanoviska, myšlenku zavedení pravidla de minimis do oblasti volného poskytování služeb.

27 V tomto ohledu je třeba podotknout, že takové okolnosti, jako je počet zahraničních zákazníků, kteří využili dané služby, objem poskytnutých služeb nebo skutečnost, že potenciální omezení svobody poskytování služeb je ze zeměpisného či věcného hlediska limitované, nemají na použitelnost článku 56 SFEU žádný vliv.

28 Z ustálené judikatury konkrétně vyplývá, že svobody upravené v tomto článku se lze dovolávat jak v situacích, kdy existuje jen jeden jediný příjemce služeb (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 2. února 1989, Cowan, 186/87, EU:C:1989:47, body 15 a 20), tak v situacích, kdy existuje neurčitý počet příjemců služeb využívajících neurčité množství služeb poskytovaných poskytovatelem usazeným v jiném členském státě (v tomto smyslu viz rozsudky ze dne 10. května 1995, Alpine Investments, C-384/93, EU:C:1995:126, bod 22, jakož i ze dne 6. listopadu 2003, Gambelli a další, C-243/01, EU:C:2003:597, body 54 a 55).

29 Jak v podstatě uvedl generální advokát v bodě 80 svého stanoviska, podmínění použitelnosti článku 56 SFEU množstevním kritériem by obrozilo jednotné uplatňování tohoto článku v rámci Unie, takže takové kritérium nelze přijmout.

30 Přijmout nelze ani názor předkládajícího soudu, podle něhož obecně závazné opatření, které až na výjimky v něm stanovené zakazuje provozování hazardních her na území jedné obce členského státu a má právně nebo fakticky stejný dopad na všechny poskytovatele usazené na území tohoto členského státu bez ohledu na to, zda poskytují služby tuzemským státním příslušníkům nebo státním příslušníkům ostatních členských států, nespadá do věcné působnosti článku 56 SFEU.

31 Soudní dvůr již totiž v tomto ohledu rozhodl, že vnitrostátní právní úprava, která omezuje provozování hazardních nebo sázkových her na určitých místech, může představovat omezení volného pohybu služeb, na které se vztahuje článek 56 SFEU (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 11. září 2003, Anomar a další, C-6/01, EU:C:2003:446, body 65 a 66).

32 V projednávané věci z žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce plyne, že město Děčín, které se nachází cca 25 km od německých hranic, je místem vyhledávaným německými státními příslušníky a že BONVER WIN ve vnitrostátním řízení předložila důkazy k doložení toho, že část její klientely byla tvořena osobami pocházejícími z jiných členských států, takže nelze důvodně tvrdit, že by existence zahraniční klientely byla čistě hypotetická.

33 Z výše rozvedených úvah tedy vyplývá - s výhradou ověření důkazů předložených společností BONVER WIN, které musí provést předkládající soud - že článek 56 SFEU se na takovou situaci, jako je situace dotčená ve věci v původním řízení, použije.

34 Tímto konstatováním není ovšem nijak dotčena případná slučitelnost vnitrostátních právních předpisů dotčených ve věci v původním řízení s uvedeným článkem. Soudnímu dvoru nebyla položena otázka, zda tento článek brání takovým právním předpisům, ani nedisponuje relevantními informacemi, které by mu umožnily poskytnout předkládajícímu soudu v tomto ohledu užitečná vodítka.“

[37] Účinky práva EU, konkrétně článku 56 a násl. SFEU, mohou tedy dle okolností v dané věci vést k omezení prostoru pro samosprávu, v němž obecně závaznou vyhláškou obce v samostatné působnosti na svém území reguluje přípustnost, rozsah a jiné modalities

provozování sázkových her a jiných podobných her podle zákona o loteriích. Obec takovou regulaci může v obecné rovině přijmout a má velmi široký prostor pro uvážení ohledně její konkrétní podoby. Prostor pro samosprávu však je omezen v tom, že případné takto vyhláškou vytvořené překážky volnému pohybu služby, která spočívá v umožnění hrát tyto hry, musí být v souladu s podmínkami práva EU.

[38] Je proto zjevné, že za předpokladu, že by se prokázal skutkový základ unijního prvku tvrzeného stěžovatelem (viz o tom bod 32 rozsudku Soudního dvora v nyní projednávané věci), je dopad práva EU na věc třeba zvažovat, a to v intencích judikatury Soudního dvora zmiňované pátým senátem, zvláště pak rozsudku *Berlington Hungary*, zejména (co do důsledků evropského práva pro aplikovatelnost OZV) jeho bodů 58, 62-65, 69-72, 80-81, 87-88, se shrnutím v bodě 92. Jak pak vyslovil Soudní dvůr v odpovědi na předběžnou otázku v nyní projednávané věci, v takovýchto případech nelze uplatnit pro možnost omezení volného pohybu služeb pravidlo *de minimis*.

[39] Protože Soudní dvůr zodpověděl předběžnou otázku v úplnosti, a tím zcela vyčerpal první otázku předloženou pátým senátem k posouzení rozšířenému senátu, rozšířenému senátu nezbyvá než odkázat na shora podané závěry Soudního dvora v nynější věci. Těmito závěry je vázán jak rozšířený senát, tak pátý senát.

IV. 2. K druhé otázce: Procesní postavení obce v řízení před správními soudy

[40] Rozšířený senát posuzuje pouze právní otázky, které jsou relevantní pro rozhodnutí o věci, jež mu je předložena. „Úkolem rozšířeného senátu je sjednocovat judikaturu Nejvyššího správního soudu a je dle § 17 odst. 1 s. ř. s. oprávněn rozhodovat tam, kde mu byla věc postoupena jeho senátem, který dospěl k závěru odlišnému od závěru dříve vysloveného. (...) Rozšířený senát však neřeší abstraktní právní otázky bez ukotvení ke skutkovým zjištěním posuzovaných případů. Proto také při projednávání předložených věcí zkoumá, zda právní posouzení odpovídá zjištěnému skutkovému stavu.“ (viz usnesení rozšířeného senátu ze dne 12. 6. 2007, čj. 2 Afs 52/2006-86, č. 1762/2009 Sb. NSS).

[41] Ve věci předložené pátým senátem rozšířený senát zjistil, že Statutárnímu městu Děčín bylo do datové schránky dne 26. 1. 2015 doručeno vyrozumění městského soudu ze dne 22. 1. 2015 o probíhajícím řízení ve správním soudnictví o žalobě stěžovatele (viz č. l. 91 a 92 spisu městského soudu). Ve vyrozumění bylo statutární město Děčín poučeno o právech osoby zúčastněné na řízení a vyzváno, aby ve lhůtě 10 dnů od doručení vyrozumění oznámilo, zda bude uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení. Bylo poučeno i o tom, že oznámení lze učinit pouze v této lhůtě.

[42] Ze soudního spisu městského soudu není patrné, že by statutární město Děčín oznámilo, natož pak v soudem stanovené lhůtě, že práva osoby zúčastněné na řízení bude uplatňovat. Pouze prostřednictvím žalovaného poskytlo městskému soudu informace o skutečnostech rozhodných pro posouzení žaloby; učinilo tak 18. 5. 2016, tedy zhruba rok a čtvrt po doručení výzvy (viz č. l. 128 až 145 městského soudu).

[43] Z výše uvedeného je patrné, že statutární město Děčín neuplatnilo práva osoby zúčastněné na řízení, ačkoli městský soud, veden svým právním názorem, že takovéto právo uvedenému městu přísluší, mu řádně umožnil je uplatnit.

[44] Za takové situace není důvodu, aby se rozšířený senát zabýval právní otázkou, zda s obcí, jež vydala obecně závaznou vyhlášku v samostatné působnosti, již se reguluje přípustnost, rozsah a jiné modalities provozování sázkových her a jiných podobných her podle zákona o loteriích, je třeba jednat jako s osobou zúčastněnou na řízení ve smyslu § 34 odst. 1 s. ř. s., pokud se vede řízení o žalobě ve správním soudnictví proti rozhodnutí správního orgánu, pro něž byla tato obecně závazná vyhláška normativním podkladem. Řešení uvedené právní otázky totiž pátý senát nepotřebuje k posouzení zákonnosti rozhodnutí městského soudu. Nepotřebuje je ani k tomu, aby sám určil okruh účastníků řízení o kasační stížnosti, neboť ten je odvozen od – jak je shora patrné, jednoznačně určeného – okruhu účastníků a případně osob zúčastněných na řízení z řízení před městským soudem.

[45] I pro řízení o kasační stížnosti je závazné to, že statutární město Děčín neuplatnilo práva osoby zúčastněné na řízení v řízení před městským soudem. Jak vyslovil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 18. 5. 2016, č. j. 3 As 9/2015 - 34, *(p)odle ustanovení § 105 odst. 1 s. ř. s. jsou účastníky řízení o kasační stížnosti stěžovatel a všichni, kdo byli účastníky původního řízení. Paní O. Č. není ve věci stěžovatelem a nebyla ani účastníkem původního řízení. Ačkoliv byla v řízení před městským soudem v souladu s § 34 s. ř. s. přípisem ze dne 11. 11. 2010, č. j. 8 A 146/2010 – 31, vyrozuměna a poučena o tom, že v uvedené věci může uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení, jestliže tento úmysl soudu ve stanovené lhůtě výslovně oznámí, na uvedenou výzvu z její strany nebylo nijak reagováno. Marrým uplynutím stanovené lhůty tedy O. Č. pozbyla i možnost vystupovat v postavení osoby zúčastněné na řízení, a nemůže proto v tomto procesním postavení vystupovat ani v řízení o kasační stížnosti.* “Zcela totožná je i v nynějším řízení situace statutárního města Děčín.

[46] Proto ve vztahu ke druhé otázce rozšířený senát shledal, že nemá pravomoc ji posuzovat.

[47] Rozšířený senát na okraj poznamenává, že jediný jemu známý právní názor týkající se druhé právní otázky, jenž byl výslovně a s důkladnou argumentací vysloven v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, je obsažen v rozsudku ze dne 22. 7. 2013, čj. 8 Afs 49/2011 – 75.

V. Závěr a další postup ve věci

[48] Jelikož rozšířený senát v posledku shledal, že není dána jeho pravomoc k posouzení ani jedné z právních otázek, kvůli nimž mu byla věc pátým senátem předložena, rozhodl o vrácení věci tomuto senátu.

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

V Brně dne 10. února 2021

Josef Baxa
předseda rozšířeného senátu