



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců Mgr. Evy Šonkové a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobkyně: **BONVER WIN, a.s.**, se sídlem Cholevova 1530/1, Ostrava, zastoupená JUDr. Stanislavem Dvořákem, advokátem se sídlem Pobřežní 394/12, Praha 8, proti žalovanému: **Ministerstvo financí**, se sídlem Letenská 15, Praha 1, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 20. 4. 2015, č. j. MF-47142/2014/34/2901-RK, o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 17. 5. 2019, č. j. 8 Af 43/2015 – 123,

t a k t o :

Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 17. 5. 2019, č. j. 8 Af 43/2015 - 123, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalovaný rozhodnutím ze dne 16. 5. 2014, č. j. MF-60673/2013/34-4, rozhodl podle § 43 odst. 1 zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách (dále jen „loterijní zákon“ nebo „zákon o loteriích“), o zrušení dvou povolení žalobkyně k provozování v rozhodnutí specifikovaných technických zařízení na adresách: Francouzská 231/12 a 966/33, Praha 2, z důvodu rozporu těchto povolení s obecně závaznou vyhláškou hlavního města Prahy č. 10/2013, kterou se stanoví místa a čas, na kterých lze provozovat loterie a jiné podobné hry, a kterou se stanoví opatření k omezení jejich propagace (dále jako „OZV“). Rozklad proti výše uvedenému rozhodnutí ministr financí v záhlaví označeným rozhodnutím zamítl a rozhodnutí žalovaného potvrdil (dále jen „napadené rozhodnutí“).

[2] Proti rozhodnutí o rozkladu se žalobkyně bránila žalobou u Městského soudu v Praze (dále jen „městský soud“), který ji rozsudkem specifikovaným v záhlaví zamítl (dále jen „napadený rozsudek“).

[3] Městský soud v první řadě nepřisvědčil žalobkyni, že nahrazením obecně závazné vyhlášky č. 18/2011 předmětnou OZV během správního řízení došlo k nepřípustné změně předmětu řízení. Rozhodnutí žalovaného i ministra financí bylo totiž vydáno za účinnosti OZV. Stejně tak dle názoru městského soudu nebylo zasazeno do práva žalobkyně vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Žalobkyně měla možnost se seznámit s podklady (OZV, nález Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13, a vyjádření hlavního města Prahy), a opakovaně využila práva nahlížet do spisu; byla vyzvána, aby se ve věci vyjádřila před vydáním rozhodnutí, kdy podklady pro rozhodnutí již byly shromážděny, a tohoto práva využila. V řízení o rozkladu žalovaný již nedoplňoval skutková zjištění, ve věci nebyly obstarány jiné důkazy, a k zásahu do práv žalobkyně tedy nedošlo. Městský soud nepovažoval napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné ani neměl za to, že by ke zjištění skutkového stavu bylo nezbytné provádět důkazy navržené žalobkyní.

[4] K výtce žalobce proti postupu žalovaného při posouzení vznesené námitky systémové a osobní podjatosti členů rozkladové komise městský soud uvedl, že ačkoliv o oprávném prostředku proti usnesení, jímž bylo o námitce rozhodnuto, bylo rozhodnuto až po vydání napadeného rozhodnutí, nejedná se o pochybení žalovaného. Jelikož odvolání nemá odkladný účinek, bylo rozhodnutí o námitce podjatosti vykonatelné, a proto dotčené osoby nebyly vyloučeny z rozhodování ve věci.

[5] Dle městského soudu nebyly důvodnými ani námitky týkající se nesprávného postupu žalovaného, pokud aplikoval § 43 odst. 1 loterijního zákona, který dle žalobkyně porušuje ústavní principy, nezohledňuje její dobrou víru a její legitimní očekávání. Nepřisvědčil ani námitkám, že citované ustanovení je obecné, a tudíž nelze v daném případě aplikovat, a že nález Ústavního soudu, zrušení článku II. bodu 4 zákona č. 300/2011 Sb. a vydání nebo existenci obecně závazné vyhlášky nelze považovat za okolnost podle § 43 odst. 1 loterijního zákona.

[6] Městský soud dále neshledal důvodnou námitku, že žalovaný neměl k obecně závazné vyhlášce vůbec přihlédnout, neboť byla vydána na základě novely loterijního zákona, při jejímž přijímání nebyl dodržen notifikační proces předpokládaný směrnicí Evropského parlamentu a Rady 98/34/ES ze dne 22. 6. 1998 o postupu při poskytování informací v oblasti norem a technických předpisů (dále jen „notifikační směrnice“). Notifikační povinnosti se totiž dle názoru městského soudu vztahuje pouze na tzv. technické předpisy. Protože novela technickým předpisem není, nebyla potřeba její notifikace.

[7] Městský soud také konstatoval, že regulace loterií a sázek není upravena v žádném přímo aplikovatelném unijním předpise. V oblasti regulace loterií a sázek neexistuje pro Českou republiku ani žádný jiný unijní závazek, který by musela Česká republika provádět. Směrnice 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu, která má za cíl usnadňovat výkon svobody usazování pro poskytovatele služeb, v článku 2 odst. 2 písm. h) ze své

pokračování

působnosti explicitně vylučuje hazardní hry. Oblast hazardu obecně není vůbec unijním právem regulována a ani zákon o loteriích není předpisem, který by prováděl právo EU.

[8] Žalobkyně se dále snažila vnést do projednávaných případů konflikt se základními ekonomickými svobodami, s čímž však městský soud nesouhlasil. Obecně připustil, že základní zásady práva EU budou použitelné i na oblasti, které jsou vyloučeny z působnosti směrnice 2006/123/ES, tedy v případě svobody usazování (čl. 49 SFEU) nebo volného pohybu služeb (čl. 56 SFEU). Aktivace těchto ustanovení však závisí na tom, zda dotčená osoba ekonomické svobody skutečně realizuje, což pro žalobkyni dle městského soudu neplatilo. Žalobkyně totiž není osobou, která by realizovala svobodu usazování na území jiného členského státu nebo která by využívala svobodu pohybu služeb. Je českou právnickou osobou, která nabízí služby na území České republiky. Jedná se tedy o čistě vnitrostátní situaci regulovanou vnitrostátní právní úpravou, která sice může spadat do působnosti ustanovení týkajících se základních ekonomických svobod zaručených unijním právem, avšak *„zpravidla pouze v rozsahu, v němž se použije na situace mající souvislost s obchodem mezi členskými státy“* (viz rozsudky SDEU ve věcech Anomar, C-6/01, EU:C:2003:446, bod 39, a Garkalns, C-470/11, EU:C:2012:505, bod 21).

[9] Městský soud zdůraznil, že volný pohyb služeb podle práva EU se týká především svobody poskytovat služby v jiném členském státě (čl. 56 a 57 SFEU). Z judikatury SDEU plyne, že jako přímý důsledek svobody poskytovat služby patří do volného pohybu služeb i právo osob přijímat službu v jiném členském státě (viz rozsudek *Luisi and Carbone*, C-286/82, ECLI:EU:C:1984:35 bod 10; rozsudek *Cowan*, C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47, bod 17). Přeshraničním poskytnutím služeb ve smyslu čl. 56 SFEU je též situace, kdy poskytovatel se sídlem v jednom členském státě dodá, aniž se přemístil, službu příjemci v jiném členském státě (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). Pro uplatnění unijního práva je tak nutný přeshraniční aspekt, který aktivuje práva osoby v závislosti na tom, zda je poskytovatelem, anebo příjemcem služby. Obecně tedy platí, že dovolávat se volného pohybu služeb může osoba, která poskytuje službu v jiném členském státě, a dále osoba, která službu v jiném členském státě přijímá. Městský soud nepřihlédl k argumentaci žalobkyně týkající se tvrzení, že část klientely byli příslušníci jiných členských států, ani k jejím důkazním návrhům, neboť konstatoval, že je žalobkyně ve svém doplnění žaloby uplatnila opožděně.

[10] V neposlední řadě se městský soud neztotožnil se žalobkyní, že by její povolení byla v souladu s účelem stanoveným OZV, OZV by byla protiústavní z důvodu jejího diskriminačního charakteru, byla neurčitá a v rozporu se zásadami práva EU a v rozporu se soutěžním právem, tedy se zákonem.

II. Kasační stížnost žalobkyně a vyjádření žalovaného

[11] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) v kasační stížnosti podané v zákonné lhůtě uplatnila důvody podle § 103 odst. 1 písm. a) a b) s. ř. s.

[12] Stěžovatelka opětovně namítá 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 stěžovatelka podotkla, že právo obcí regulovat loterie nemůže být absolutní a dle nálezu 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.

[13] Městský soud dle stěžovatelky 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. Stěžovatelka přitom poukazovala 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 stěžovatelky tato kritéria nesplňuje. 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. Stěžovatelka má za to, že vnitrostátní regulace loterií je nesystematická a nekoherentní, neboť umožňuje obcím postupovat při vydávání obecních 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.

[14] Dle stěžovatelky 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. Stěžovatelka v této souvislosti zejména poukazovala na body 25 a 26 citovaného rozsudku Soudního dvora ve věci *Berlington Hungary* a zdůraznila, že část klientely, která prostory s loteriemi navštěvovala a která tyto loterie jako služby využívala, byli občané jiných členských států EU, jimž tedy stěžovatelka poskytovala služby ve smyslu čl. 56 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“). Tuto skutečnost stěžovatelka městskému soudu dle svého tvrzení doložila čestným prohlášením osoby detailně obeznámené se situací provozoven stěžovatelky, přičemž současně navrhla městskému soudu výslech této osoby jako svědka. Uvedeným se městský soud vůbec nezabýval, neboť nesprávně vyhodnotil tuto námitku jako opožděnou. I kdyby stěžovatelka existenci unijního prvku netvrdila a nedoložila, bylo s ohledem na nálezy Ústavního soudu ze dne 29. 11. 2011, sp. zn. II. ÚS 1658/11, povinností městského soudu *ex officio* zkoumat, zda se v daném případě právo EU aplikuje.

[15] Stěžovatelka dále namítala, že městský soud měl dle čl. 95 odst. 1 Ústavy posoudit, zda je předmětná OZV v souladu se zákonem. Stěžovatelka přitom poukázala na výše citovaný nálezy 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 předestřít a obhájit*“. Závěr městského soudu, že je OZV v souladu se zákonem a s právem EU, je dle stěžovatelky nesprávný. Nezákonnost OZV

pokračování

dle stěžovatelky spočívá v tom, že OZV nebyla notifikována Evropské komisi jako technický předpis dle notifikační směrnice, což má za následek její neaplikovatelnost (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 30. 4. 1996, *CIA Security International*, C-194/94, EU:C:1996:172). OZV dle stěžovatelky dále odporuje základním principům práva EU, neboť neobsahuje přechodné ustanovení, příp. systém přiměřených náhrad.

[16] Další vadu OZV mající za následek její nezákonnost stěžovatelka spatřovala 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. OZV totiž povolovala provozování loterií pouze na některých místech (v některých městských částech/na některých adresách) a navíc na různých místech v různých časech (v určitém časovém rozmezí či naopak bez časového omezení). Hlavní město Praha však nepředestřelo a neobhájilo důvody zvolené regulace. Ze samotné OZV ani nevyplývá, jak byly vybrány povolené loterie a adresy, na kterých lze tyto loterie provozovat.

[17] Stěžovatelka dále namítala 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 právní sféry stěžovatelky. Stěžovatelka zejména zpochybňovala závěr žalovaného a městského soudu opírající se o nález Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13, č. 112/2013 Sb., dle něhož stěžovatelce nevzniklo legitimní očekávání. Takovýto závěr dle stěžovatelky odporuje skutkovým zjištěním a je v rozporu s principy právního státu.

[18] Žalovaný dle stěžovatelky 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 stěžovatelce odňato právo seznámit se s úplným obsahem spisu v době bezprostředně předcházející vydání rozhodnutí a možnost případně spis doplnit. V této souvislosti stěžovatelka odkázala 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.

[19] Stěžovatelka dále odkázala na judikaturu Nejvyššího správního soudu, z níž dovozuje, že o námitce podjatosti musí být bezpodmínečně rozhodnuto před vydáním meritorního rozhodnutí. Opačná situace je porušením ústavně zaručeného práva na spravedlivý proces a zásady rovného postavení účastníků řízení. Existence odvolání proti rozhodnutí o námitce podjatosti je procesní překážkou pro rozhodnutí ve věci samé. Odlišný výklad by znamenal zkrácení práva stěžovatelky na řádné projednání a soudní přezkum jeho námítky podjatosti. Napadené rozhodnutí je proto nezákonné.

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

[21] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti předně uvedl, že se zcela ztotožňuje s napadeným rozsudkem městského soudu. Ve vztahu k tvrzenému unijnímu prvku konstatuje, že není dán a stěžovatelka jeho existenci tvrdí obecně a až po lhůtě k podání žaloby. Navrhované čestné prohlášení zaměstnance by vedlo pouze k prokázání ojedinělých návštěv, které nemohou být důvodem podřazení pod čl. 56 SFEU. Obecně Česká republika ani hlavní město Praha se neprezentují jako oblasti, které by stavěly svůj turistický ruch na službách hazardních her, a stěžovatelka ani netvrdí, že by se zaměřovala na poskytování služeb zahraniční klientele.

[22] K argumentaci stěžovatelky odkazující na rozsudek Soudního dvora ve věci *Berlington Hungary* 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 bylo k rušení vydaných povolení k provozování loterií a jiných podobných her přistoupeno na základě OZV, jejímž účelem byla ochrana veřejného pořádku, zdraví a spotřebitelů (tedy ne sanace výpadků ve státním rozpočtu jako v maďarském případě). Možnost obcí regulovat provoz videoloterních terminálů na svém území je odvozována od nálezů Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10, který byl potvrzen nálezem ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13. Formálně sice nebylo přechodné období stanoveno, ale od prvně jmenovaného nálezů uplynuly do rozhodnutí ministra financí ve věci stěžovatelky 4 roky, takže měla dostatek času se vývoji legislativy a judikatury přizpůsobit. 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 maďarském případě posuzovaném Soudním dvorem.

[23] Žalovaný nepřisvědčil ani námitce stěžovatelky ohledně jejího tvrzeného legitimního očekávání spočívajícího v naději, že její podnikání nemůže být po dobu platnosti povolení nikdy regulováno. Očekávání značných ekonomických příjmů stěžovatelky nemohou být postavena nad ochranu veřejného pořádku, zdraví a spotřebitelů. Z uvedeného důvodu není dle žalovaného relevantní ani neexistence systému přiměřených náhrad za zrušená povolení a výpadek příjmu stěžovatelky.

[24] OZV je projevem práva na samosprávu hlavního města Prahy. Specifikum hlavního města Prahy pak je, že ačkoliv jednotlivé městské části disponují širokými samosprávnými pravomocemi, obecně závazné vyhlášky vydávat nemohou (byť jsou rozlohou i množstvím obyvatel větší než některá česká města), ale vydává je hlavní město Praha jako celek. Diskriminaci v této souvislosti tvrdí stěžovatelka pouze obecně. V hlavním městě Praha mohou opravdu vznikat rozdíly v regulaci hazardních her, to ale není projevem diskriminační povahy vyhlášky, nýbrž administrativního členění obce a práva na samosprávu jednotlivých městských částí, které mají nejlepší přehled o tom, v jakých oblastech je třeba hazardní hry regulovat. Pokud není obecně závazná vyhláška zrušena Ústavním soudem, je součástí právního řádu a žalovaný je povinen ji aplikovat. OZV nepovažoval žalovaný ani městský soud za nezákonnou.

[25] Žalovaný se dále ztotožnil s názorem Nejvyššího správního soudu (rozsudek ze dne 13. 7. 2017, č. j. 1 As 5/2017 – 76), že OZV nepodléhá notifikaci jako technický předpis, jak tvrdí stěžovatelka.

pokračování

[26] Správnost postupu žalovaného dle § 43 zákona o loteriích potvrdil Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 24. 2. 2015, č. j. 6 As 285/2014 – 32, na nějž odkázal i městský soud.

[27] Žalovaný dále uvedl, že mu není jasné, k jaké otázce nebo k jakému podkladu bylo stěžovatelce upřeno právo se vyjádřit. Svá práva nahlížet do spisu a vyjadřovat se k němu využívala stěžovatelka standardně a spis od posledního nahlížení před vydáním prvoinstančního rozhodnutí nebyl doplněn o žádné nové skutečnosti.

[28] Závěrem žalovaný uvedl, že ministr financí postupoval v souladu se zákonem, když vydal napadené rozhodnutí před rozhodnutím o rozkladu proti námitce podjatosti. Rozklad v tomto případě nemá ze zákona odkladný účinek. Odkazovaná judikatura se týká odlišného řízení vedeného podle daňového řádu. Nadto rozkladová komise, proti níž námitka podjatosti směřovala, je pouze poradním orgánem a nemá rozhodovací pravomoc. Námitku podjatosti stěžovatelka podala v době řízení do téměř 70 správních řízení o rozkladu a jevila známky sériovosti a obstrukčnosti s irelevantní argumentací. Vzhledem k výše uvedenému žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[29] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnila stěžovatelka v podané kasační stížnosti, a přitom neshledal vady uvedené v odstavci 4, k nimž musel přihlídnout z úřední povinnosti.

[30] Po posouzení obsahu kasační stížnosti dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost je částečně důvodná.

[31] Obdobnou věcí za obdobných okolností se v případě stěžovatelky Nejvyšší správní soud zabýval již ve svém rozsudku ze dne 24. 3. 2021, č. j. 2 As 190/2019 – 32, přičemž neshledal žádný důvod se od závěrů učiněných v tomto rozsudku odchýlit.

III. 1. Význam práva EU a vztah unijní a vnitrostátní právní úpravy

[32] Stěžovatelka namítá rozpor použité právní úpravy s čl. 56 SFEU z důvodu omezení přeshraničního pohybu služeb, neboť část klientely, která prostory s loteriemi navštěvovala a která tyto loterie jako služby využívala, byli občané jiných členských států EU, jimž tedy stěžovatelka poskytovala služby ve smyslu čl. 56. Městský soud námitce nepřisvědčil, neboť neshledal existenci unijního prvku ani to, že by stěžovatelka takový prvek včas tvrdila.

[33] V žalobě však stěžovatelka tento žalobní bod uplatnila nepochybně včas ve svém podání z 5. 6. 2015 došlém městskému soudu 12. 6. 2015, a sice v části VIII, nadepsané titulkem „K rozporu regulace loterií s právem EU a přednostní aplikace práva EU“. Následně uvedenou argumentaci rozvedla v podání ze dne 7. 1. 2016 (došlém na soud dne 8. 1. 2016), v němž v části III. s názvem „Existence unijního prvku“ již zcela konkrétně a *prima facie* plausibilně tvrdila existenci „unijního prvku“ ve své věci (část její klientely údajně tvoří zahraniční občané EU), jak s tímto pojmem pracuje nová judikatura, na kterou stěžovatelka odkazuje (rozsudek Soudního dvora EU *Berlington Hungary*). K jeho

prokázání navrhovala důkaz výsledkem svědka Ing. Tomáše Altmanna, jehož čestné prohlášení o rozhodných skutečnostech přiložila. Navržený svědek podle tvrzení stěžovatelky působí na pozici regionálního manažera v pravidelném styku s provozovateli zajišťujícími obsluhu sázkových zařízení a navštěvoval jednotlivé prostory, ve kterých jsou zařízení umístěna, z čehož zjistil, že uživateli jsou i občané EU. S ohledem na doručení rozhodnutí ministra financí o rozkladu stěžovatelce dne 13. 5. 2015 bylo první z výše uvedených podání k městskému soudu zjevně učiněno v žalobní lhůtě podle § 72 odst. 1 s. ř. s. a druhé podání již jen rozvádělo žalobní bod uplatněný v prvním z nich.

[34] Stěžovatelka tedy v řízení o žalobě včas a na rozdíl od situace posuzované Nejvyšším správním soudem v rozsudku ze dne 24. 2. 2021, č. j. 10 As 46/2020 - 48, dostatečně konkrétně a plausibilně (viz bod 14 rozsudku; srov. však ohledně včasnosti i předchozí body 11 až 13) tvrdila existenci tzv. unijního prvku ve své věci; uplatnila i konkrétní právní argumentaci z oblasti práva EU vztahující se k těmto skutkovým tvrzením.

[35] Vzhledem k recentnímu rozsudku Soudního dvora ve věci BONVER WIN závěr městského soudu neobstojí.

[36] Soudní dvůr v rozsudku BONVER WIN uvedl:

„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.“

[37] Soudní dvůr k odůvodnění svého právního názoru uvedl zejména následující (zvýraznění nyní provedl NSS):

„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

pokračování

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 ohrozilo 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. “

[38] 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.

[39] Je proto zjevné, že za předpokladu, že by se prokázal skutkový základ unijního prvku tvrzeného stěžovatelkou (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, 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 ve věci BONVER WIN, v takovýchto případech nelze uplatnit pro možnost omezení volného pohybu služeb pravidlo *de minimis*.

[40] Obce jsou v souladu se zákonem o loteriích oprávněny svými obecně závaznými vyhláškami vydanými v samostatné působnosti regulovat přípustnost, rozsah a jiné

modality provozování sázkových her a jiných podobných her podle zákona o loteriích. Toto jejich oprávnění zahrnuje možnost úplného zákazu uvedených her na území obce, jejich více či méně omezeného selektivního povolení, anebo jejich všeobecného povolení. Volba konkrétní regulace je věcí politického uvážení obce v rámci výkonu práva na samosprávu. Obec zde disponuje velmi širokým uvážením limitovaným toliko ústavními kautelami v případech, kdy unijní prvek není přítomen, a spolu s nimi i právem EU v případech, kdy unijní prvek přítomen je. K testu ústavními kautelami se s odkazem na judikaturu Ústavního soudu přihlásil i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 1. 2016, č. j. 1 As 297/2015 – 77, v bodech 20-21. Správnímu soudu první instance vytkl, že řádně neověřil, zda konkrétní ve věci aplikovaná obecně závazná vyhláška obce omezující možnost provozovat loterie a jiné sázkové hry na území obce je prostá diskriminačních účinků.

[41] Kontrola, zda obec nevybočila z mezí svého politického uvážení daných ústavními kautelami a případně právem EU, přísluší v rámci dozoru nad výkonem samostatné působnosti obcí primárně Ministerstvu vnitra (§ 123 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů). Tomu může být dán podnět k příslušným nápravným krokům i správním orgánem, jenž má obecně závaznou vyhlášku obce, o jejímž souladu se zákonem pochybuje, aplikovat. I žalovaný tedy může a má zvažovat, zda obecně závazná vyhláška obce vydaná podle § 50 odst. 4 zákona o loteriích, kterou by měl v řízení podle § 43 odst. 1 téhož zákona aplikovat, je v souladu se zákonem, ústavním pořádkem v užším smyslu a mezinárodními smlouvami o lidských právech, jimž je Česká republika vázána. Pokud dospěje k závěru, že tomu tak není, má učinit podnět orgánu dozoru, vyčkat jeho vyřízení a dále postupovat s ohledem na závěry tohoto orgánu.

[42] Tím se však možnosti korekce protiprávního postupu obce nevyčerpávají. V případě, kdy je obecně závazná vyhláška obce stanovící přípustnost, rozsah a jiné modalities provozování sázkových her a jiných podobných her podle zákona o loteriích podkladem pro správní rozhodnutí ve věci povolení takové hry, je na správním orgánu, který o věci rozhoduje, aby si, pokud zjistí, že se v dané konkrétní věci vyskytuje unijní prvek, sám a z úřední povinnosti učinil úsudek o tom, zda podkladová vyhláška je v souladu s právem EU. Pokud dospěje k závěru, že v souladu s právem EU není, v rozsahu, v němž je s ním v rozporu, vyhlášku neaplikuje a přednostně aplikuje právo EU. Každý orgán členského státu je totiž oprávněn a povinen učinit si úsudek o tom, zda pravidlo vnitrostátního práva, jež má být na konkrétní věc použito, je v souladu s relevantním přímo vnitrostátně použitelným právem EU (v daném případě, jak plyne z nyní již jasné judikatury Soudního dvora, s článkem 56 SFEU), a pokud ne, vnitrostátní právo incidentně neaplikovat. V tomto ohledu je postavení žalovaného jako správního orgánu ve vztahu k posuzování souladu vnitrostátního práva s právem EU „silnější“ než ve vztahu k posuzování ústavní konformity vnitrostátních „jednoduchých“ zákonů či zákonnosti podzákoných právních předpisů. Ty je správní orgán povinen ústavně konformně (příp. u podzákoných předpisů v souladu se zákonem, jež provádějí) vykládat a aplikovat, je-li to jen trochu možné. Není však oprávněn učinit si sám úsudek o jejich případné protiústavnosti či protizákonnosti a incidentně je neaplikovat, ledaže by již takový závěr v jeho konkrétní věci nebo jiné obdobné věci vyslovil soud. Nemůže ani sám navrhnout jejich zrušení Ústavnímu soudu [nejde-li současně o privilegovaného navrhovatele podle § 64 odst. 2 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, zejména tedy

pokračování

ve vztahu k obecně závazným vyhláškám obcí o Ministerstvo vnitra, oprávněné k tomu v rámci svých shora již zmíněných dozorových kompetencí podle písm. g) uvedeného odstavce].

[43] Obec vydáním výše uvedené obecně závazné vyhlášky uplatňuje své ústavně zaručené právo na samosprávu (čl. 100 odst. 1 věta první Ústavy). Obsahem práva je možnost v mezích objektivního práva autonomně spravovat záležitosti obce (zákon o obcích hovoří v souvislosti se samostatnou působností obce v § 35 odst. 1 o záležitostech, *které jsou v zájmu obce a občanů obce*). Obec může být na svém právu na samosprávu přímo dotčena tím, že správní orgán (žalovaný) aplikuje rozhodné právo způsobem zasahujícím nepřipustně do jejího práva na samosprávu. K něčemu takovému může velmi jednoduše dojít, dospěje-li správní orgán v řízení ve věci povolení k provozování sázkové hry nebo jiné obdobné hry k nesprávnému právnímu závěru, že obecně závazná vyhláška obce stanovící přípustnost, rozsah a jiné modalities provozování těchto her podle zákona o loteriích je v určitém ohledu v rozporu s právem EU, a neaplikuje-li ji. Tím by mohlo dojít k připuštění provozování sázkových her nebo jiných obdobných her na území obce ve větším rozsahu, než jaký si obec sama přípustným způsobem určila. Je totiž věcí politického uvážení obce, v jaké míře mají být na jejím území provozovány sázkové hry nebo jiné obdobné hry, a toto její politické uvážení může být limitováno jen v rozsahu právem připuštěném.

[44] Podle § 65 odst. 1 s. ř. s., *(k)do tvrdí, že byl na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva nebo povinnosti, (dále jen "rozhodnutí"), může se žalobou domáhat zrušení takového rozhodnutí, popřípadě vyslovení jeho nicotnosti, nestanoví-li tento nebo zvláštní zákon jinak*. Obdobně podle § 34 odst. 1 s. ř. s. *(o)sobami zúčastněnými na řízení jsou osoby, které byly přímo dotčeny ve svých právech a povinnostech vydáním napadeného rozhodnutí nebo tím, že rozhodnutí nebylo vydáno, a ty, které mohou být přímo dotčeny jeho zrušením nebo vydáním podle návrhu výroku rozhodnutí soudu, nejsou-li účastníky a výslovně oznámily, že budou v řízení práva osob zúčastněných na řízení uplatňovat*.

[45] Možnost hájit svá hmotná subjektivní veřejná práva v řízení před správními soudy jako žalobce podle § 65 odst. 1 s. ř. s. či jako osoba zúčastněná na řízení podle § 34 odst. 1 s. ř. s. je v soudním řádu správním vymezena autonomními podmínkami vycházejícími z tvrzení žalobce ohledně možnosti přímého dotčení na těchto právech resp. z možnosti přímého dotčení na právech a povinnostech u osob zúčastněných na řízení. Nejvyšší správní soud setrvale vychází (viz např. rozsudky ze dne 22. 2. 2011, č. j. 2 Afs 4/2011 – 64, č. 2260/2011 Sb. NSS, bod 20, ze dne 6. 2. 2014, č. j. 4 Ads 107/2013 – 29, či ze dne 7. 5. 2015, č. j. 9 Ads 278/2014 – 73, bod 32) z názoru, že není nezbytně třeba, aby ten, kdo má být žalobcem či osobou zúčastněnou na řízení ve správním soudnictví, byl účastníkem nebo jiným formálním procesním aktérem předchozí procedury v oblasti výkonu veřejné správy (typicky správního řízení), jež vedla k vydání aktu, který má povahu „rozhodnutí“ ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s. (jakkoli obvykle mezi účastenstvím v řízeních správních a účastenstvím či postavením osoby zúčastněné na řízení ve správním soudnictví bývá v praxi úzký vztah). Samotný závěr o přímém dotčení hlavního města Praha jako toho, kdo vydal OZV v nyní projednávané věci, tedy je nutným a dostatečným důvodem

k závěru, že toto město v řízení o ní může mít práva osoby zúčastněné na řízení ve smyslu § 34 odst. 1 s. ř. s. a může tato práva využívat, pokud je procesně řádným způsobem uplatní (§ 34 odst. 2 věta druhá, část věty za středníkem s. ř. s.).

[46] Může-li být právo obce, jež vydala obecně závaznou vyhlášku stanovící přípustnost, rozsah a jiné modalities provozování sázkových her a jiných podobných her podle zákona o loteriích, na výkon samosprávy přímo dotčeno vadnou aplikací této vyhlášky (či dokonce incidentním odepřením její aplikace v případě rozporu vyhlášky s přímo použitelným právem EU) správním orgánem rozhodujícím ve věci povolení těchto her, musí mít obec možnost své subjektivní veřejné (ústavně zaručené) právo před správními soudy hájit. Hájit je musí mít možnost v tom procesním postavení, jaké odpovídá povaze jejího možného dotčení. Připadá tedy v úvahu jednak její postavení osoby zúčastněné na řízení (§ 34 odst. 1 s. ř. s.), je-li žadatelem o povolení k provozování sázkové hry nebo jiné obdobné hry jako žalobcem zpochybňována jí vydaná obecně závazná vyhláška, která byla podkladem zamítavého rozhodnutí příslušného správního orgánu o žádosti. Žalobcem (§ 65 odst. 1 s. ř. s.) může naopak obec typicky být, má-li za to, že povolení bylo nezákonně vydáno nad rámec politických limitů vyjádřených v jí vydané obecně závazné vyhlášce, o jejíž zákonnosti je obec přesvědčena.

[47] Hlavní město Praha bylo městským soudem v souladu se zákonem vyzváno (viz č. 1. 25 spisu městského soudu) k vyjádření, zda bude uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení. Ve stanovené lhůtě se nevyjádřilo, a proto s ním městský soud zcela v souladu se zákonem nadále jako s osobou zúčastněnou na řízení nejednal. Totéž pak činil i Nejvyšší správní soud v souladu se svým rozsudkem ze dne 18. 5. 2016, č. j. 3 As 9/2015 – 34 (viz taktéž bod 45 usnesení rozšířeného senátu ze dne 10. 2. 2021, č. j. 5 As 177/2016 – 139, tedy usnesení v jiné obdobné věci stěžovatelky).

[48] Městský soud vyjádřil názor ohledně posouzení unijního prvku, který byl v souladu s tehdejší judikaturou Nejvyššího správního soudu. Tato judikatura však byla popřena shora podrobně citovaným rozsudkem Soudního dvora. Rozsudek městského soudu je proto nutno zrušit a vrátit mu věc k dalšímu řízení. V něm bude třeba v první řadě ověřit stěžovatelčina tvrzení o existenci tzv. unijního prvku. V této souvislosti je nutné zdůraznit, že městský soud pochybil, pokud se odmítl zabývat údajně opožděnými konkrétními tvrzeními a navrhovanými důkazy ohledně existence unijního prvku vznesenými stěžovatelkou v doplnění žaloby ze dne 7. 1. 2016 (došlém poštou na městský soud dne 8. 1. 2016). Ty totiž byly učiněny včas (viz výše). Pokud se tvrzení ukážou být pravdivými, bude třeba vypořádat stěžovatelčiny žalobní body týkající se unijního prvku, přičemž vodítkem pro toto vypořádání by měl být „katalog“ požadavků popsáný, jak již bylo zmíněno, v rozsudku *Berlington Hungary* v bodech 58, 62-65, 69-72, 80-81, 87-88, se shrnutím v bodě 92.

III. 2. Neodůvodněně nerovné zacházení pohledem vnitrostátního práva

[49] Jak bylo podrobně vyloženo výše v části věnované významu práva EU a vztahu unijní a vnitrostátní právní úpravy, prostor pro politické uvážení obce o tom, do jaké míry a jakým způsobem chce na svém území připustit provozovny loterií a jiných podobných her, je (za určitých okolností) omezen právem EU, jež má zásadně (výjimky viz např. v nálezu Ústavního soudu ze dne 31. 1. 2012, Pl. ÚS 5/12) aplikační přednost.

pokračování

[50] Na vnitrostátní úrovni vyplývá pravomoc obcí zakázat hazardní hry na svém území ze zákona a z ústavního pořádku a je potvrzena i Ústavním soudem (§ 50 odst. 4 zákona o loteriích, § 10 písm. a) zákona o obcích, náleží Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10].

[51] Co se pak týče omezení provozu loterií, resp. povolení jejich provozu pouze na určitých místech a v časech stanovených v příloze OZV hlavním městem Prahou, Nejvyšší správní soud se již několikrát k této problematice vyjadřoval. S odkazem na judikaturu Ústavního soudu konstantně zdůrazňuje, že soud musí být při aplikaci vyhlášky schopen posoudit, „zda obec zařazením té které nemovitosti do textu vyhlášky nejednala libovolně či diskriminačně“ (viz náleží ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10, N 151/62 SbNU 315). Obec proto musí uvést kritéria, kterými se při úpravě řídila, a to takovým způsobem, že bude v každém konkrétním případě adresy provozovny aplikace těchto kritérií objektivně ověřitelná. „Neplyne-li důvod přijetí určité regulace v konkrétních místech obce ve vyhlášce jednoznačně z okolností, je na obci, která obecně závaznou vyhlášku vydala, aby před soudem racionální a neutrální důvody předestřela a obhájila.“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 7. 2017, č. j. 1 As 5/2017 - 76). Pak teprve je možné posoudit, zda úprava je souladná s principem rovnosti a zákazem libovůle.

[52] V posuzovaném případě však z ničeho ve správním řízení neplyne (a ani v průběhu řízení před městským soudem nebylo hlavním městem Praha prokázáno, ba ani tvrzeno), na základě jakých skutečností bylo vyloučeno provozování loterie a jiných podobných her právě na adresách provozoven stěžovatelky, tedy na adresách Francouzská 231/12 a 966/33, Praha 2.

[53] Argumentace městského soudu – že se nejedná o nerovné zacházení, neboť podmínky jsou pro všechny subjekty stejné – obchází povinnost kladenou na obce Ústavním soudem, resp. i Nejvyšším správním soudem. Je zřejmé, že se provozovatelé mohou přestěhovat a že každý na zakázané adrese má zakázáno automaty provozovat a že každý na jiných dovolených adresách je může dál provozovat. Zakázání provozu hracích automatů na určité adrese ale nutí subjekt provozující loterie v tomto místě k přemístění, což mu přináší další náklady. Rovněž tím přichází o klientelu, která je vázána na místo provozování loterií a dána zvykem chodit k tomu konkrétnímu provozovateli. Možnou nerovnost způsobuje právě tento dopad – některé subjekty náklady na stěhování a ztrátu klientely budou muset v důsledku obecně závazné vyhlášky nést, jiné ne. Tato nerovnost je přitom nutným a přijatelným důsledkem obecní úpravy míst provozování loterií, nesmí ale být libovolná, tj. založená na subjektivních důvodech tvůrce právního předpisu. Musí být racionální a objektivně odůvodněná. Pokud obecně závazná vyhláška uvedené požadavky nenaplnuje (a ani v řízení před městským soudem obec své důvody nedoplňuje), nelze tuto právní úpravu aplikovat. Městský soud tedy pochybil, pokud posoudil, že OZV, která nesplňuje uvedená kritéria, není diskriminační a bylo ji možné aplikovat.

[54] Pro úplnost je vhodné zmínit, jaké procesní postavení má mít hlavní město Praha ve správním řízení, pokud městský soud dospěje k závěru, že je nutné zrušit rozhodnutí žalovaného a věc mu vrátit k dalšímu řízení. V úvahu by připadalo, že by mohlo být účastníkem podle § 27 odst. 2 správního řádu [podle něho *(ú)častníky jsou též další dotčené osoby, pokud mohou být rozhodnutím přímo dotčeny ve svých právech nebo povinnostech*],

anebo „pouze“ osobou v postavení dotčeného orgánu ve smyslu § 136 odst. 2 správního řádu [podle něho *(p)ostavení dotčených orgánů mají územní samosprávné celky, jestliže se věc týká práva územního samosprávného celku na samosprávu*]. Nejvyšší správní soud tuto otázku posoudil v bodech 28-35 svého rozsudku ze dne 22. 7. 2013, č. j. 8 Afs 49/2011 – 75, a dospěl k závěru, že obci svědčí postavení účastníka řízení.

III. 3. Notifikace OZV

[55] Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že výše popsané nesprávné posouzení dvou z rozhodných právních otázek městským soudem nebrání posouzení ostatních kasačních námitek stěžovatelky. Proto se zabýval i námitkou nedodržení řádného notifikačního procesu u OZV jako technického předpisu ve smyslu notifikační směrnice.

[56] Nejvyšší správní soud se obdobnou otázkou již zabýval například v rozsudku ze dne 13. 7. 2017, č. j. 1 As 5/2017 – 79, v němž uvedl, že povinnost notifikace technických předpisů musí být vykládána v kontextu celkového cíle směrnice. Cílem směrnice, jak vyplývá z úvodních recitálů i z judikatury, je chránit preventivní kontrolou volný pohyb zboží v rámci EU. Tato kontrola je nutná, jelikož technické předpisy mohou vytvářet překážky obchodu se zbožím mezi členskými státy. Tyto překážky jsou přípustné, pouze pokud jsou nezbytné pro splnění naléhavých požadavků obecného zájmu. Směrnice má přispět k hladkému fungování vnitřního trhu a zajištění transparentnosti národních iniciativ při zavádění překážek obchodu (viz rozsudek *Fortuna*, C-213/11, ECLI:EU:C:2012:495, odst. 26; rozsudek *CLA Security International*, C-194/94, ECLI:EU:C:1996:172, odst. 40 a 48).

[57] Povinnost notifikace dle směrnice se váže k vydávání tzv. technických předpisů. Technickým předpisem se podle článku 1 odstavce 11 směrnice rozumí „*technické specifikace a jiné požadavky nebo předpisy pro služby včetně příslušných správních předpisů, jejichž dodržování je při uvedení na trh, při poskytování služby, při usazování poskytovatele služeb nebo při používání v členském státě nebo na jeho větší části závazné de iure nebo de facto, jakož i právní a správní předpisy členských států zakazující výrobu, dovoz, prodej nebo používání určitého výrobku nebo zakazující poskytování nebo využívání určité služby nebo usazování poskytovatele služeb s výjimkou předpisů stanovených v článku 10*“.

[58] Uvedená definice zahrnuje tři kategorie technických předpisů: i) *technickou specifikaci* ve smyslu článku 1 odstavce 2 směrnice; ii) *jiný požadavek*, jak je definován v článku 1 odstavce 3 směrnice; a iii) *zákaz výroby, dovozu, prodeje nebo používání určitého výrobku* uvedený v článku 1 odstavce 9 prvním pododstavci směrnice *nebo zakazující poskytování nebo využívání určité služby*, definované v článku 1 odstavce 2 směrnice (srov. rozsudek Soudního dvora ze dne 21. 4. 2005, C-267/03, *Lindberg*, ECLI:EU:C:2005:246, odst. 54 a násl.).

[59] O technickou specifikaci výrobku v případě stěžovatelky nejde; stěžovatelka to ani netvrdí.

[60] Nejde ani o službu. Služba je směrnicí definována úzce, jako „*jakákoli služba informační společnosti, tj. každá služba poskytovaná zpravidla za úplatu, na dálku, elektronicky*“.

pokračování

a na individuální žádost příjemce služeb“ (čl. 1 odst. 2 směrnice). Takovou službu stěžovatelka zřejmě neposkytuje. Otázkou proto je pouze to, zda obecně závazné vyhlášky představují jiný požadavek dle výše uvedené definice.

[61] Podle článku 1 odstavce 3 směrnice je jiným požadavkem „*požadavek jiný než technická specifikace kladený na výrobek zejména z důvodu ochrany spotřebitelů nebo životního prostředí, který má vliv na jeho spotřební cyklus po jeho uvedení na trh, jako jsou podmínky použití, recyklace, opětovného používání nebo zneškodňování, pokud tyto podmínky mohou významně ovlivnit složení nebo charakter výrobku nebo jeho uvedení na trh*“.

[62] Povinnost notifikace míří primárně na předpisy s celostátní působností. Samozřejmě se orgány členského státu nemohou povinnosti oznámení zbavit delegováním pravomoci úpravy na menší územní celky státu (*Carmen Media Group*, C-194/94, ECLI:EU:C:2010:505, odst. 69, 70). Aby obce i po této delegaci měly notifikační povinnost, stále by se však muselo jednat o technické předpisy podle výše uvedené definice – musely by významně ovlivnit složení nebo charakter výrobku nebo jeho uvedení na trh nebo by se muselo jednat o předpis členského státu zakazující výrobu, dovoz, prodej nebo používání určitého výrobku či poskytování služby. Z judikatury Nejvyššího správního soudu citované shora vyplývá, že obecně závazné vyhlášky ani jednu z definic nenaplnují.

[63] Lokálně omezený zákaz provozování loterií na území vybraných obcí, resp. na konkrétní oblasti vybraných obcí, nemůže sám o sobě vytvářet překážku, která by omezila volný pohyb zboží v rámci EU. Řada obcí k regulaci hracích automatů na svém území nepřistoupila. V řadě obcí, podobně jako v Praze, provozovat automaty na vymezených místech lze. Dovážet hrací automaty je v České republice nadále umožněno, výrobky budou pouze soustředěny v obcích, které to místní úpravou nezakázaly buď vůbec, nebo jen zčásti.

[64] Obecně závazné vyhlášky proto nenaplnují definici technického předpisu. Jejich působnost je i při zohlednění jejich kumulativního vlivu natolik omezená, že se nijak nedotýká cílů, k jejichž ochraně směrnice působí. Z toho důvodu o jejich existenci nebylo třeba Evropskou komisi informovat. Námitka stěžovatelky je nedůvodná.

III. 4. Tvrzený zásah do legitimního očekávání stěžovatelky a zákaz retroaktivního zásahu do její právní sféry

[65] Legitimním očekáváním provozovatelů loterií v nezrušení jejich povolení po dobu platnosti tohoto povolení se již několikrát Nejvyšší správní soud zabýval, např. v rozsudcích ze dne 24. 2. 2015, č. j. 6 As 285/2014 – 32, či ze dne 20. 1. 2016, č. j. 1 As 297/2015 – 83. Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že stěžovatelka si musela být vědoma existence § 43 odst. 1 zákona o loteriích, tedy toho, že může být v podstatě kdykoliv, nastanou-li v průběhu platnosti povolení okolnosti vylučující provoz herních zařízení, tohoto povolení zbavena. Nemohlo jí tedy vzniknout legitimní očekávání. V podrobnostech soud odkazuje na detailní výklad a argumentaci obsaženou v bodě 35 rozsudku č. j. 6 As 285/2014 – 32, který řešil obdobnou námitku a na nějž správně odkazuje i městský soud.

[66] Ve výše citovaném rozhodnutí se Nejvyšší správní soud zabýval i namítaným zákazem retroaktivního zásahu do právní sféry provozovatelů loterií. Uvedl, že „(v) této souvislosti nutno odmítnout i případnou námitku, že zrušení předmětných povolení se ocitlo v rozporu s principiálním zákazem retroaktivity práva [obecně k retroaktivitě práva, jejímu rozlišování na přímou a nepřímou retroaktivitu a její přípustnosti viz např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 53/10 ze dne 19. dubna 2011 (N 75/61 SbNU 137; 119/2011 Sb.), bod 144 a násl.]. Přímá retroaktivita zjevně vůbec není ve hře, stěžovatelka ani netvrdí, že by povolení byla zrušena se zpětnými účinky; po celou dobu platnosti povolení až do jejich zrušení v uvedené provozovně nerušeně podnikala, inkasovala vklady (sázky), vyplácela výhry a ponechávala si takto generovaný zisk.“ K otázce nepřípustné nepravé retroaktivity odkázal na citovaný nálezy Ústavního soudu a konstatoval, že „je zřejmé, že o nepřípustnou nepravou retroaktivitu jít nemůže. Ústavně garantované právo obcí v samostatné působnosti regulovat umístění a provoz výherních hracích přístrojů, včetně interaktivních videoloterních terminálů na svém území, bylo opakovaně rozhodnutími Ústavního soudu nalézáno a potvrzováno. Nešlo o změnu právní úpravy na zákonné úrovni, ta zůstávala – odhlédneme-li od intermezza v podobě přechodných ustanovení novely č. 300/2011 Sb. – nezměněná, změnila se – v důsledku série nálezů Ústavního soudu a stanovisek veřejného ochránce práv – pouze výkladová praxe Ministerstva financí, a to tak, že byla uvedena v soulad s platnou právní úpravou. Ustanovení § 43 odst. 1 loterního zákona je součástí tohoto právního předpisu od samého počátku, tudíž s možností zrušení již uděleného povolení před koncem jeho platnosti musela stěžovatelka přinejmenším teoreticky počítat. Konečně nelze přehlížet, že ke zrušení předmětných povolení žalovaný přistoupil z impulsu náleзовé judikatury Ústavního soudu, jenž je finálním a autoritativním interpretem ústavního pořádku, včetně zákazu retroaktivity práva, vyvěrajícího z pojmu právního státu podle čl. 1 odst. 1 Ústavy.“ S uvedeným se Nejvyšší správní soud zcela ztotožňuje i v projednávaném případě.

III. 5. Právo vyjádřit se k podkladům rozhodnutí

[67] Dále se Nejvyšší správní soud zabýval námitkou, že žalovaný nezákonně spojil oznámení o zahájení řízení s výzvou k návrhu důkazů a výzvou stěžovatelky dle § 36 odst. 3 správního řádu k vyjádření se ke všem podkladům pro rozhodnutí ve věci, současně také s výzvou obci podle § 136 odst. 3 správního řádu k poskytnutí dalších informací důležitých pro řízení. Jak plyne z judikatury zdejšího soudu, není samo o sobě nezákonné, pokud správní orgán souběžně s oznámením o zahájení správního řízení stanoví jednak lhůtu, ve které lze navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a rovněž následnou lhůtu, ve které se účastníci mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Vždy je třeba zkoumat, zda poté, kdy účastník v souladu s poučením postupoval, byl správní spis následně doplňován, či nikoli, a zda tak účastník měl faktickou možnost se s úplným správním spisem seznámit (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 2. 2010, č. j. 8 Afs 21/2009 – 243, publ. pod č. 2073/2010 Sb. NSS).

[68] V nyní projednávané věci byly v době zahájení shromážděny (téměř) všechny potřebné podklady pro vydání rozhodnutí. Hlavní město Praha sice podáním ze dne 23. 9. 2013 doplnilo spis o své vyjádření k regulaci provozování loterií, uvedlo v něm však pouze, že uvedené ulice, na nichž má stěžovatelka umístěna svá zařízení, mezi místa, na kterých lze provozovat loterie, nepatří. Následně dne 2. 10. 2013 stěžovatelka nahlížela do spisu.

pokračování

Dne 20. 11. 2013 doručila žalovanému své vyjádření ke správnímu řízení. Dne 9. 12. 2013 žalovaný znovu vyzval stěžovatelku (a hlavní město Prahu) k vyjádření se ke všem podkladům pro rozhodnutí ve věci. Dne 19. 12. 2013 nahlížela stěžovatelka (opětovně) do spisu a následně podáním došlým žalovanému dne 27. 12. 2013 doplnila své vyjádření ke správnímu řízení. Stěžovatelce tedy nebyla upřena možnost se k jakémukoliv důkazu vyjádřit.

III. 6. Námitka podjatosti

[69] Závěrem stěžovatelka namítala nezákonnost postupu ministra financí, který vydal meritorní rozhodnutí o rozkladu předtím, než bylo vydáno konečné rozhodnutí o jejích námitkách podjatosti. Ani této námitce však Nejvyšší správní soud nemohl přisvědčit.

[70] V projednávané věci ministr financí poprvé námitkám podjatosti nevyhověl již usnesením ze dne 22. 10. 2014, kterým bylo rozhodnuto o námitkách podjatosti ve 48 rozkladových řízeních. Dále v předmětné věci rozhodl o nevyhovění námitkám podjatosti dne 22. 12. 2014.

[71] V souladu s § 14 odst. 2 správního řádu tedy byla námitka podjatosti posouzena a bylo o ní bez zbytečného odkladu rozhodnuto. Nejvyšší správní soud přitom již ve svém rozsudku ze dne 14. 6. 2012, č. j. 1 As 55/2012 – 32, dospěl k závěru, že „[u]stanovení § 14 správního řádu hovoří pouze o rozhodnutí o námitce podjatosti, tedy o vydání usnesení, kterým se námitce vyhová, či nikoli. Ustanovení § 76 odst. 5 správního řádu nepřiznává odkladný účinek odvolání proti usnesení, kterým nebylo námitce podjatosti vyhověno. Správní orgán I. stupně proto mohl pokračovat v řízení proti stěžovateli již po (nepravomocném) rozhodnutí o námitce podjatosti [...], byť samozřejmě nesl riziko, že odvolací orgán bude mít na námitku podjatosti jiný názor.“ Ve vztahu k projednávané věci tak lze konstatovat, že vyřízení námítky podjatosti, byť nepravomocné, předcházelo vydání rozhodnutí ve věci samé, a byly tak splněny zákonné požadavky pro vydání rozhodnutí.

[72] K odkazu stěžovatelky na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 3. 2011, č. j. 9 Afs 82/2010 – 71, pak zdejší soud uvádí, že ten není na projednávanou věc aplikovatelný, neboť se týká řízení o doměření celního dluhu, jehož průběh se neřídí správním řádem, ale je postupováno podle daňového řádu (v minulosti podle zákona o správě daní a poplatků).

[73] Touto otázkou v obdobné věci stěžovatelky se Nejvyšší správní soud zabýval v rozsudku ze dne 22. 3. 2021, č. j. 3 As 240/2017 – 51, přičemž ani v nyní posuzované věci nemá Nejvyšší správní soud důvod se od tam učiněných závěrů odchýlit.

[74] Tato námitka stěžovatelky tedy není důvodná.

IV. Závěr a náklady řízení

[75] Nejvyšší správní soud ze všech shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná s ohledem na důvodnost dvou stížných námitek (otázka tzv. unijního

prvku a neodůvodněně nerovné zacházení pohledem vnitrostátního práva), a proto podle § 110 odst. 1 věty první s. ř. s. zrušil rozhodnutí městského soudu a vrátil mu věc k dalšímu řízení. V něm je městský soud vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu (§ 110 odst. 4. s. ř. s.).

[76] Zruší-li Nejvyšší správní soud rozhodnutí krajského soudu a vrátí-li mu věc k dalšímu řízení, rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí i o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 31. března 2021

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně

senátu