



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Ondřeje Mrákoty a soudkyň Michaely Bejčkové a Sylvie Šiškeové 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, **za účasti osoby zúčastněné na řízení:** České Velenice, se sídlem Revoluční 228, České Velenice, proti rozhodnutí ministra žalovaného ze dne 14. 10. 2014, čj. MF-35984/2014/34-2901-RK, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 17. 8. 2016, čj. 3 Af 67/2014-106,

t a k t o :

Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 17. 8. 2016, čj. 3 Af 67/2014-106, **se ruší** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Rozhodnutím ze dne 24. 3. 2014 žalovaný na základě § 43 odst. 1 zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách (dále jen „zákon o loteriích“), zrušil celkem 6 rozhodnutí v částech týkajících se povolení provozování loterií a jiných podobných her žalobkyní na adrese Trocnovská 339 a třída Čsl. legií 339, oboje České Velenice, a to z důvodu rozporu povolení s obecně závaznou vyhláškou města České Velenice č. 4/2011, k zabezpečení místních záležitostí veřejného pořádku v oblasti omezení hazardu (dále jen „OZV“).

[2] Žalobkyně podala proti rozhodnutí žalovaného rozklad, který ministr žalovaného rozhodnutím ze dne 14. 10. 2014 zamítl a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

[3] Proti rozhodnutí ministra žalovaného podala žalobkyně žalobu, kterou městský soud v záhlaví označeným rozsudkem zamítl. K námitce týkající se rozporu vnitrostátní úpravy s právem EU městský soud dovodil, že unijní právo na daný případ nedopadá, neboť žalobkyně není osobou, která by v daném případě využívala volný pohyb služeb. Podle městského soudu zahájení řízení se současným poučením o možnosti se seznámit s podklady pro rozhodnutí bylo učiněno v souladu s § 46 odst. 3 správního řádu zároveň s oznámením o zahájení řízení.

Poté spis nebyl doplňován, a proto měla žalobkyně dostatečný prostor seznámit se s podklady rozhodnutí. Takový postup plně odpovídá i judikatuře NSS. Městský soud dále uvedl, že postup žalovaného při aplikaci § 43 odst. 1 zákona o loteriích je podle závěrů vyslovených Ústavním soudem a NSS zcela v souladu se zákonem a ústavními principy a není dán důvod, proč by se měl od těchto závěrů v dané věci odchýlit. Ustanovení čl. II odst. 1 věty druhé zákona č. 300/2011 Sb., nevylučuje použití § 43 odst. 1 loterijního zákona, neboť § 43 zákona o loteriích představují výjimku a tedy jiný důvod zániku povolení podle čl. II odst. 1 věty druhé zákona č. 300/2011. Sb. Jako nedůvodnou městský soud shledal námitku vad procesu notifikace OZV, neboť se nejedná o technický předpis ve smyslu směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/34/ES o postupu při poskytování informací v oblasti norem a technických předpisů a předpisů pro služby informační společnosti (dále jen „technická směrnice“). Městský soud dále dospěl k závěru, že město České Velenice při vydávání OZV nepřekročilo své pravomoci a OZV není nezákonná, neústavní či diskriminační povahy.

II. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[4] Žalobkyně (stěžovatelka) napadla rozsudek městského soudu kasační stížností. Uvedla, že ustanovení OZV a zákona o loteriích (zejména § 43 odst. 1 ve spojení s § 50 odst. 4) jsou s právem EU v rozporu. Městský soud tedy pochybil, pokud neaplikoval právo EU, které mělo v daném případě aplikační přednost. Stěžovatelka odkázala zejména na rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 6. 2015 ve věci C 98/14 *Berlington Hungary a další*. Podle stěžovatelky je v dané věci dán unijní prvek, který měl městský soud zkoumat *ex officio*. To plyne mj. 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 zdůraznila, že část klientely, která prostory s loteriemi navštěvovala a která tyto loterie jako služby využívala, byli občané jiných členských států EU, jimž stěžovatelka poskytovala služby ve smyslu čl. 56 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“). Město České Velenice se nachází na státních hranicích s Rakouskem a je bezprostředně spojeno s městem Gmünd. Je zjevné, že služby loterií na území Českých Velenic jsou přímo určeny také pro příjemce z Rakouska, kteří je pravidelně využívají. Uvedené skutečnosti stěžovatelka městskému soudu doložila čestným prohlášením osoby, která byla detailně obeznámena se situací provozovny stěžovatelky. Stěžovatelka v řízení před městským soudem také navrhla výslech této osoby jako svědka. Podle stěžovatelky je regulace loterií v ČR v rozporu s čl. 56 SFEU, neboť nesleduje systematicky a koherentně své legitimní cíle. Městský soud skutečné sledování legitimních cílů nezkoumal a neposoudil. Regulace loterií je rozporná rovněž se základními zásadami práva EU, konkrétně zásadou právní jistoty, legitimního očekávání a proporcionality. V uvedené souvislosti stěžovatelka navrhla položení předběžných otázek Soudnímu dvoru.

[5] Podle stěžovatelky byla OZV nezákonná, a proto ji městský soud byl povinen podle čl. 95 odst. 1 Ústavy neaplikovat. Nezákonnost spatřuje stěžovatelka v tom, že není v souladu s právem EU, není založena na racionálních a nediskriminačních kritériích, OZV nebyla notifikována Evropské komisi jako technický předpis.

[6] Stěžovatelka dále namítala nezákonnost postupu žalovaného dle § 43 odst. 1 zákona o loteriích, neboť zrušením vydaných povolení bylo porušeno právo EU, ústavní principy právní jistoty a legitimního očekávání, tento postup rovněž představuje nepřipustný retroaktivní zásah do práv stěžovatelky. Stěžovatelka zejména zpochybnila 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., podle něhož stěžovatelce nevzniklo legitimní očekávání. Novela zákona o loteriích č. 300/2011 Sb., která současný způsob regulace loterií fakticky zavedla, původně počítala s více

pokračování

než tříletým přechodným obdobím. Navíc aplikaci § 43 odst. zákona o loteriích na povolení vydaná před 1. 1. 2012 brání čl. II odst. 1 věta druhá zákona č. 300/2011 Sb., který je *lex specialis* k § 43 odst. 1 zákona o loteriích.

[7] Žalovaný podle 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 podle § 136 odst. 3 správního řádu k poskytnutí dalších informací důležitých pro řízení. Tímto postupem bylo stěžovatelce odňato právo seznámit se s úplným obsahem spisu v době bezprostředně předcházející vydání rozhodnutí a možnost případně spis doplnit. Stěžovatelka odkázala na rozsudky Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 25. 6. 2009, čj. 15 Ca 258/2008-55, Krajského soudu v Ústí nad Labem - pobočky v Liberci, ze dne 22. 3. 2011, čj. 59 A 87/2010-43, a na rozsudek NSS ze dne 17. 12. 2003, čj. 5 A 152/2002-41.

[8] Stěžovatelka navrhl, aby NSS zrušil rozsudek městského soudu a rovněž rozhodnutí správních orgánů a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[9] Žalovaný se ztotožnil se závěry městského soudu. Postup podle § 43 zákona o loteriích není protiústavní. Pokud později nastanou okolnosti, pro které není možné loterii nebo obdobnou hru povolit, je možné zrušit povolení k těmto hrám či loteriím. Provozovatelé si musí být tohoto ustanovení vědomi. Novou skutečnost v projednávané věci představovala OZV osoby zúčastněné na řízení. V takovém případě nelze hovořit o porušení legitimního očekávání.

[10] Podle žalovaného zákon o loteriích není v rozporu s unijním právem; neexistuje žádné sekundární unijní právo, které by na danou problematiku dopadalo. To vyplývá i z rozhodnutí českých soudů. Rozhodnutí *Berlington Hungary* se na danou věc nevztahuje. Žalovaný upozornil na to, že stěžovatelka není osobou, která by využívala svobodu pohybu osob, zboží a služeb.

[11] Žalovaný rovněž podotkl, že není oprávněn vykonávat dozor nad obecně závaznými vyhláškami obcí. Žalovanému tedy nepřísluší posuzovat ani případnou diskriminační povahu OZV. Jeho povinností pouze bylo OZV při postupu podle § 43 zákona o loteriích aplikovat. Žalovanému nepřísluší zkoumat důvody, které obec vedly k vymezení určitých míst k provozování loterií. Tímto postupem by zasahoval do práva obcí na samosprávu.

[12] K námitce týkající se notifikace žalovaný uvedl, že v této souvislosti mají povinnost notifikovat právní předpisy pouze kraje, ne obce.

[13] K nesprávné aplikaci § 36 odst. 3 správního řádu, které bylo spojeno s oznámením o zahájení řízení, žalovaný konstatoval, že nebyla zkrácena žádná práva stěžovatelky, neboť v průběhu řízení nebyl doplněn spisový materiál. Takový postup odpovídá i ustálené judikatuře NSS.

III. Rozhodnutí o přerušení řízení a pokračování v řízení a následná vyjádření účastníků řízení

[14] Usnesením ze dne 18. 9. 2017 NSS přerušil řízení, neboť pátý senát se obrátil na rozšířený senát (usnesení ze dne 31. 7. 2017, čj. 5 As 177/2016-44) s otázkou, zda se provozovatelé loterií

a jiných podobných her, kteří prokážou, že mezi jejich zákazníky pravidelně patřili i státní příslušníci jiných členských států EU, mohou dovolávat ustanovení SFEU o svobodě pohybu služeb a navazující judikatury Soudního dvora. Rozšířený senát následně v tomto duchu položil Soudnímu dvoru předběžnou otázku.

[15] Soudní dvůr odpověděl rozsudkem ze dne 3. 12. 2020 ve věci C-311/19 *BONVER WIN*, že „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.“ Rozšířený senát následně usnesením ze dne 10. 2. 2021 vrátil věc pátému senátu.

[16] NSS soud proto usnesením ze dne 25. 2. 2021 rozhodl, že se v řízení pokračuje, vyzval účastníky řízení a osobu zúčastněnou na řízení, aby se k závěrům Soudního dvora vyjádřili.

[17] Stěžovatelka v návaznosti na výzvu uvedla, že v projednávané věci je třeba aplikovat právo EU, konkrétně čl. 56 SFEU, neboť v nynějším případě existuje unijní prvek. Existenci unijního prvku stěžovatelka prokazovala v řízení před městským soudem čestným prohlášením osoby, který je detailně seznámena se situací v provozovně stěžovatelky. I kdyby stěžovatelka v řízení před městským soudem existenci unijního prvku netvrdila a nedoložila, byl městský soud povinen aplikovat právo EU z úřední povinnosti. Stěžovatelka navrhla, aby NSS zrušil rozsudek městského soudu a rovněž rozhodnutí žalovaného, neboť již v řízení před městským soudem byly důvody pro zrušení rozhodnutí žalovaného.

[18] Žalovaný v návaznosti na výzvu uvedl, že v dané věci nelze aplikovat čl. 56 SFEU, neboť stěžovatelka tvrdila existenci unijního prvku teprve v žalobě a dokládala ho čestným prohlášením, které doložila až v doplnění žaloby. Čestné prohlášení má samo o sobě malou důkazní hodnotu, a to navíc v situaci, kdy je podáváno osobou, která je ekonomicky závislá na žalobci. Stěžovatelka výslech této osoby ani výslovně nepožadovala. Pokud by NSS dospěl k závěru, že se v projednávaném případě aplikuje čl. 56 SFEU, konstatoval, že zákazem hazardních her je sledována ochrana veřejného pořádku. Jsou tedy splněny podmínky pro omezení pohybu služeb v EU. Navrhl, aby NSS kasační stížnost zamítl.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[19] Kasační stížnost je důvodná.

[20] Stěžovatelka zejména namítá rozpor rozhodnutí správních orgánů s unijním právem, zákonem o loteriích a s tím souvisejících principů transparentnosti, racionality, legitimního očekávání a zákazu diskriminace. NSS pro přehlednost rozdělil námitky do následujících okruhů: (1) procesní postup žalovaného, (2) otázka, zda se v projednávaném případě uplatní čl. 56 SFEU, (3) notifikace loterijní vyhlášky podle technické směrnice, (4) tvrzená diskriminační povaha loterijní vyhlášky, (5) vztah § 43 zákona o loteriích a čl. II odst. 1 zákona č. 300/2011 Sb., a (6) tvrzený zásah do legitimního očekávání stěžovatelky.

[21] NSS rozhodl již řadu věcí týkajících se shodné stěžovatelky. Její námitky se v kasačních stížnostech opakují. NSS proto v projednávané věci závěry z těchto rozhodnutí přebírá i do tohoto rozhodnutí (viz konkrétně např. rozsudek NSS ze dne 14. 4. 2021, čj. 6 As 119/2018-69).

pokračování

IV.1. Spojení oznámení o zahájení řízení s výzvou podle § 36 správního řádu

[22] Podle § 36 odst. 3 věty první před středníkem správního řádu platí, že nestanoví-li zákon jinak, musí být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Smyslem tohoto ustanovení je umožnit účastníku řízení, aby ve fázi před vydáním rozhodnutí mohl uplatnit své výhrady k podkladům rozhodnutí, ke způsobu jejich zjištění a aby mohl učinit procesní návrhy tak, aby rozhodnutí skutečně vycházelo ze spolehlivě zjištěného stavu věci (viz rozsudek NSS ze dne 17. 12. 2003, čj. 5 A 152/2002-41, ve vztahu k obdobnému § 33 odst. 2 správního řádu z roku 1967).

[23] Podle § 46 odst. 3 správního řádu může být oznámení o zahájení řízení z moci úřední spojeno s jiným úkonem v řízení. Tímto jiným úkonem může být i výzva k uplatnění práva podle § 36 odst. 3 správního řádu.

[24] Za porušení § 36 odst. 3 správního řádu nelze samo o sobě považovat, pokud správní orgán souběžně s oznámením o zahájení správního řízení stanoví 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 NSS ze dne 26. 2. 2010 čj. 8 Afs 21/2009-243, č. 2073/2010 Sb. NSS).

[25] V projednávané věci zaslal žalovaný stěžovatelce spolu s oznámením o zahájení řízení také výzvu podle § 36 odst. 3 správního řádu. Osobě zúčastněné na řízení spolu s oznámením o zahájení řízení zaslal žalovaný výzvu podle § 136 odst. 3 správního řádu. Žalovaný stěžovatelce k seznámení s podklady rozhodnutí stanovil stejnou lhůtu, jakou jí i osobě zúčastněné na řízení stanovil k doplnění podkladů. Tento postup není vhodný, neboť by mohla nastat situace, kdy by stěžovatelka práva seznámit se s podklady využila dříve, než by zareagovala osoba zúčastněná na řízení. Žalovaný tedy nemusel mít ještě všechny potřebné podklady k rozhodnutí k dispozici (viz rozsudek NSS ze dne 26. 5. 2016, čj. 9 As 127/2015-68, bod 54). Tento nedostatek procesního postupu v projednávané věci ovšem nemohl ovlivnit rozhodnutí ve věci, neboť na žádost žalovaný prodloužil stěžovatelce lhůtu k vyjádření, nadto osoba zúčastněná na řízení nedoložila žádné podklady ani vyjádření. Fakticky jediným podkladem rozhodnutí byla OZV, ke které se stěžovatelka v průběhu správního řízení vyjádřila.

[26] Městský soud správně uvedl, že správní spis nebyl po oznámení o zahájení řízení a po výzvě podle § 36 odst. 3 doplňován, a proto nebyla zkrácena procesní práva stěžovatelky. Námitka je tedy nedůvodná.

IV.2. Přeshraniční (unijní) prvek

[27] Podle čl. 56 SFEU jsou zakázána omezení volného pobytu služeb uvnitř Unie pro státní příslušníky členských států, kteří jsou usazeni v jiném členském státě, než se nachází příjemce služeb.

[28] NSS dlouhodobě zastával názor, že případy, jako je i ten nyní projednávaný, leží mimo dosah čl. 56 SFEU, neboť v nich dle jeho názoru chyběl přeshraniční prvek (srov. například rozsudky ze dne 24. 2. 2015, čj. 6 As 285/2014-32, č. 3194/2015 Sb. NSS, ze dne 22. 7. 2015 čj. 10 As 62/2015-170, či ze dne 20. 1. 2016, čj. 1 As 297/2015-77).

[29] Názor NSS byl překonán již zmíněným rozsudkem Soudního dvora ze dne 3. 12. 2020 ve věci C-311/19 *BONVER WIN*, který uvedl, že čl. 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. Z rozsudku Soudního dvora rovněž vyplývá, že pouhé tvrzení poskytovatele služeb, podle něhož část jeho klientely pochází z jiného členského státu, než ve kterém je usazen, nestačí pro konstatování přeshraniční situace, jež by mohla spadat do rozsahu působnosti článku 56 SFEU. Pro aplikaci citovaného ustanovení však postačuje jeden jediný příjemce služeb (myšlenku zavedení pravidla *de minimis* Soudní dvůr výslovně odmítl), popřípadě neurčitý počet příjemců služeb.

[30] Rozšířený senát v návaznosti na rozsudek Soudního dvora usnesením ze dne 10. 2. 2021, čj. 5 As 177/2016-139 vrátil věc pátému senátu. Konstatoval, že účinky práva EU, konkrétně článku 56 a násl. SFEU, mohou podle 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 modalitty 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 je však 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. Za předpokladu, že by se prokázal skutkový základ unijního prvku tvrzeného stěžovatelem je dopad práva EU na věc třeba zvažovat, a to zejména v intencích rozsudku Soudního dvora ve věci *Berlington Hungary*. Rozšířený senát podotkl, že pro možnost omezení volného pohybu služeb nelze uplatnit pravidlo *de minimis*.

[31] S ohledem na uvedené NSS konstatuje, že aplikaci čl. 56 SFEU na projednávaný případ nelze *a priori* vyloučit. NSS ovšem zatím nemůže jednoznačně zodpovědět, zda se posuzovaná věc nachází v dosahu unijního práva, neboť přeshraniční prvek v rozhodné době, který je podmínkou pro „aktivaci“ čl. 56 SFEU, musí být v každém konkrétním případě prokázán. V projednávaném případě tato otázka ještě předmětem dokazování nebyla. Stěžovatelka již v řízení o rozkladu s podrobnou argumentací namítala rozpor loterní vyhlášky s unijním právem, v žalobě tuto námítku zopakovala a v doplnění žaloby navíc předložila čestné prohlášení Ing. T. A., dle kterého herny provozované stěžovatelkou, u nichž bylo podle rozhodnutí žalovaného zrušeno povolení k provozování loterií a jiných her na základě OZV, navštěvovali i občané jiných států EU. Prohlášení byl Ing. A. ochotný potvrdit podáním svědecké výpovědi. Tímto chtěla stěžovatelka prokázat, že poskytovala služby i státním příslušníkům jiných členských států EU (tedy existenci přeshraničního prvku). K argumentaci žalovaného, že stěžovatelka sama nenavrhovala výslech svědka, NSS konstatuje, že již z čestného prohlášení plyne možnost provedení výslechu Ing. A. jako svědka. NSS nadto podotýká, že soud může provést i jiné důkazy než navržené (§ 52 s. ř. s.). Soud by se také neměl spokojit s čestným prohlášením, pokud danou osobu je možné vyslechnout jako svědka, a to navíc v situaci, v níž vznikly pochybnosti ohledně skutkového stavu (viz rozsudek NSS ze dne 14. 7. 2017, 5 As 202/2015-196, bod. 72).

pokračování

[32] NSS tedy z výše uvedených důvodů napadený rozsudek zrušil, neboť městský soud dospěl k nesprávnému právnímu závěru, že se stěžovatelka nemůže dovolávat volného pohybu služeb zaručeného v čl. 56 SFEU (shodně rozsudky NSS ze dne 30. 3. 2021, čj. 4 As 151/2020-39, ze dne 23. 3. 2021, čj. 4 As 260/2019-38, ze dne 29. 3. 2021, čj. 2 As 211/2019-32, ze dne 26. 2. 2021, čj. 2 As 325/2016-46, ze dne 31. 3. 2021, čj. 2 As 191/2019-33, ze dne 24. 3. 2021, čj. 2 As 190/2019-32, ze dne 22. 3. 2021, čj. 3 As 240/2017-51, ze dne 6. 4. 2021, čj. 3 As 221/2019-53, ze dne 9. 4. 2021, čj. 3 As 223/2019-52, ze dne 14. 4. 2021, čj. 6 As 119/2018-69, ze dne 14. 4. 2021, čj. 6 As 132/2019-55). Městský soud v dalším řízení provede stěžovatelkou navržené důkazy za účelem ověření, zda se projednávaný případ nachází v aplikačním rámci unijního práva, a pokud se ukáže, že ano, posoudí soulad rozhodnutí žalovaného a OZV s unijním právem v kontextu kritérií nastíněných Soudním dvorem v rozsudku *Berlington Hungary*.

[33] S ohledem na uvedené NSS v řízení o kasační stížnosti neprovedl důkaz výpovědi svědka Ing. A., jak navrhovala stěžovatelka.

[34] Na závěr této části NSS uvádí, že nebylo namístě položit Soudnímu dvoru předběžné otázky, které v příloze kasační stížnosti stěžovatelka formulovala. První dvě otázky se týkají možnosti aplikace unijního práva na případ, jako je ten nyní posuzovaný, a Soudní dvůr je již zodpověděl v rozsudku *BONVER WIN*. Otázky č. 7 a 8 souvisí s povinností žalovaného posuzovat soulad jeho postupu, případně aplikované národní úpravy, s unijním právem. To je však *l'acte clair* (srov. rozsudky Soudního dvora ze dne 22. 6. 1989 ve věci C-103/88 *Fratelli Constanzo SpA*, ze dne 12. 6. 1990 ve věci C-8/88 *Německo v. Komise*, bod 13, či ze dne 12. 2. 2008 ve věci C-2/06 *Kemptner*, bod 34, z nichž vyplývá, že povinnost aplikovat unijní právo s přímým účinkem mají všechny orgány členských států, nejen soudy). Zbývající otázky, dotýkající se souladu regulace provozování loterií a jiných podobných her s unijním právem, by mohly mít význam pouze v případě, že by případ skutečně spadal do režimu čl. 56 SFEU. To je ovšem s ohledem na závěry Soudního dvora podmíněno tím, že se v dalším řízení prokáže přeshraniční prvek (zákazníci stěžovatelky pocházející z jiných členských států EU - příjemci). V tuto chvíli jsou tyto otázky irelevantní.

IV.3. Notifikace loterní vyhlášky

[35] Stěžovatelka namítla, že loterní vyhláška je technickým předpisem ve smyslu technické směrnice, a jelikož nebyla řádně notifikována, nelze ji aplikovat. NSS obdobnou argumentaci neshledal důvodnou již v rozsudku ze dne 13. 7. 2017, čj. 1 As 5/2017-76 (shodně srov. např. již citované rozsudky sp. zn. 4 As 151/2020, sp. zn. 2 As 211/2019, sp. zn. 2 As 191/2019 a sp. zn. 2 As 190/2019). NSS sice uznal, že se členské státy EU nemohou zprostit svých povinností dle technické směrnice tím, že své pravomoci delegují na menší územní celky (rozsudek Soudního dvora ze dne 8. 9. 2010 ve věci C-46/08 *Carmen Media Group*, odst. 69 a 70). Notifikační povinnost však míří primárně na předpisy s celostátní působností. Podléhají jí pouze předpisy, které naplňují definiční znaky technického předpisu ve smyslu čl. 1 odst. 11 technické směrnice, podle něhož jsou „*technickým předpisem*“ *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.*

[36] Tuto definici loterní vyhláška nenaplnuje. Zakazuje sice *poskytování určité služby*, avšak „službou“ ve smyslu technické směrnice je pouze *jakákoli služba informační společnosti, tj. každá služba poskytovaná zpravidla na dálku, elektronicky a na individuální žádost příjemce služeb* (čl. 1 odst. 2). Takovou službu stěžovatelka neposkytuje. Loterní vyhláška není ani technickou specifikací ve smyslu čl. 1 odst. 3 směrnice (*specifikace obsažená v dokumentu, který stanoví požadované charakteristiky výrobku, jako jsou úroveň jakosti, ukazatele vlastností, bezpečnost nebo rozměry, včetně požadavků na výrobek, jako jsou obchodní název, terminologie, symboly, zkoušení a zkušební metody, balení, označování výrobků nebo jejich opatřování štítkem s jmenovitými údaji a postupy posuzování shody*).

[37] NSS se v rozsudku sp. zn. 1 As 5/2017 zabýval i tím, zda by mohla být obecně závazná vyhláška obce *jiným požadavkem*, který čl. 1 odst. 4 technické směrnice definuje jako *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*. NSS zdůraznil, že cílem technické směrnice je chránit volný pohyb zboží v EU. Má-li být předpis územního samosprávného celku technickým předpisem ve smyslu technické směrnice, musí 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. Lokálně omezený zákaz provozování na území vybraných obcí, respektive na konkrétní oblasti vybraných obcí, nemůže sám o sobě vytvářet překážku, která by omezila volný pohyb zboží v EU. Řada obcí k regulaci hracích automatů na svém území nepřistoupila. V řadě obcí lze provozovat automaty alespoň na vymezených místech. Obecně závazné vyhlášky obcí tedy nepředstavují omezení z hlediska vnitřního trhu EU. Dovážet hrací automaty do ČR je nadále možné, tyto výrobky budou pouze soustředěny v obcích, které to místní úpravou nezakázaly buď vůbec, nebo jen zčásti. Obecně závazné vyhlášky mají dopad spíše na společenský život v jednotlivých obcích než na trh EU. Obecně závazné vyhlášky proto nenaplnují definici technického předpisu. Jejich působnost je i při posouzení jejich kumulativního vlivu natolik omezená, že se nijak nedotýká cílů, k jejichž ochraně směrnice působí. Z toho důvodu nebylo třeba Evropskou komisí informovat o jejich existenci.

IV.4. Diskriminační povaha loterní vyhlášky z pohledu vnitrostátního práva

[38] NSS připomíná, že obecně závazné vyhlášky obcí jsou pramenem práva a správní orgány se jimi musí řídit. Žalovaný je vázán zákonem i podzákonnými právními předpisy a nijak mu nepřísluší posuzovat zákonnost loterní vyhlášky (rozsudek NSS ze dne 22. 5. 2019, čj. 9 As 323/2017-61), neměl tedy v projednávaném případě jinou možnost, než tuto vyhlášku použít (s výjimkou situace, v níž by byla v rozporu s unijním právem, viz výše citovaný rozsudek Soudního dvora ve věci *Fratelli Constanzo SpA* či rozsudek NSS sp. zn. 2 As 325/2016). Podání podnětu k výkonu dozoru nad zákonností obecně závazných vyhlášek ze strany Ministerstva vnitra není podnětem k zahájení řízení o předběžné otázce ve smyslu § 57 správního řádu (rozsudek NSS ze dne 13. 10. 2020, čj. 1 As 464/2019-47).

[39] Z posledně citovaného rozhodnutí též vyplývá, že ani soudy ve správním soudnictví nejsou oprávněny zkoumat zákonnost použité obecně závazné vyhlášky komplexním způsobem. Úkolem správního soudu je posoudit všechny individuální okolnosti konkrétního řešeného případu, tj. případně i to, zda obec zařazením té které nemovité věci či ulice do textu vyhlášky nejednala libovolně či diskriminačně.

[40] Ústavní soud v nálezu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10, č. 293/2011 Sb., konstatoval, že vymezení míst, na nichž je zakázáno (či oproti obecnému zakazu povoleno)

pokračování

provozování loterií a jiných podobných her, se musí opírat o racionální důvody, neutrální a nediskriminační ve vztahu ke konkrétním osobám, na něž regulace při aplikaci dopadá. Nevyplývá-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.

[41] Osoba zúčastněná na řízení městskému soudu sdělila, že na základě OZV bylo zakázáno provozování sázkových her, loterií a jiných obdobných her na celém území obce kromě č. p. 348, kde se nachází kasino. Uvedla, že území města se nachází na hranicích s Rakouskem. Město se dlouhodobě potýká s problematikou prostituce, drog a drobnou kriminalitou. Tyto problémy úzce souvisí s velkým množstvím non stop provozoven s výherními hracími automaty, ve kterých se lidé spojení s prostitucí, drogami a jejich klienti shromažďovali, konzumovali alkoholické nápoje a narušovali veřejný pořádek. V době, kdy byla vydána OZV, tehdejší legislativa neumožňovala zrušit všechny provozovny; jejich počet bylo možné pouze omezit. Osoba zúčastněná na řízení proto vybrala jen jeden objekt (č. p. 348), ve kterém povolila provozování sázkových her, loterií a podobných her, neboť je v něm provozováno kasino, jež je svázáno přísnějšími pravidly.

[42] V projednávané věci městský soud posoudil otázku diskriminační povahy OZV na stranách 18 a 19 napadeného rozsudku. Uvedl, že povolení sázkových her, loterií a jiných obdobných her v kasinu je jasně a logicky odůvodněno tím, že se kasina řídí přísnějšími pravidly a jejich provozem není významně narušován veřejný pořádek. Nejedná se tedy o svévolné určení povoleného místa, které by diskriminovalo stěžovatelku.

[43] NSS s posouzením městského soudu souhlasí. Plošný zákaz loterií na území obce nemůže být obecně diskriminační a svévolný (srov. rozsudek NSS ze dne 28. 6. 2017, čj. 6 As 292/2016-71). V posuzovaném případě osoba zúčastněná na řízení ovšem vymezila jeden objekt, kde je možné loterie provozovat. Vzhledem k tomu, že se jedná o kasino, které je svázáno přísnějšími pravidly, nebyl tento výběr svévolný, ale byl racionálně odůvodněn. Soustředění hazardu pouze do kasin již dříve soudy neshledaly diskriminačním a svévolným jednáním obcí (srov. nálezn Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10, rozsudek NSS ze dne 19. 3. 2021, 5 As 117/2016-161, bod 72). OZV tedy není diskriminační.

[44] Odkaz stěžovatelky na § 19a zákona o ochraně hospodářské soutěže byl mimořádně stručný, neobsahoval žádnou argumentaci, z níž by bylo možné dovodit, jak by se případné porušení tohoto ustanovení (zakazujícího orgánům veřejné zprávy zvýhodňovat určitého soutěžitele či vylučovat hospodářskou soutěž) ze strany osoby zúčastněné na řízení promítlo v zákonnosti rozhodnutí žalovaného. V projednávané věci otázka případného narušení hospodářské soutěže vůbec nebyla předmětem řízení, stěžovatelčina argumentace je tudíž nepřijatelná (srov. již citovaný rozsudek NSS sp. zn. 1 As 464/2019, bod 19).

IV.5. Vztah § 43 odst. 1 zákona o loteriích a čl. II odst. 1 zákona č. 300/2011 Sb.

[45] Stěžovatelka namítala, že její povolení nelze podle § 43 odst. 1 zákona o loteriích zrušit s ohledem na přechodné ustanovení v čl. II odst. 1 větě druhé zákona č. 300/2011 Sb. Stěžovatelka toto ustanovení považuje za speciální vůči § 43 odst. 1 zákona o loteriích.

[46] Podle § 43 odst. 1 zákona o loteriích orgán, který loterii nebo jinou podobnou hru povolil, zruší povolení, jestliže nastanou nebo dodatečně vyjdou najevo okolnosti, pro které

by nebylo možné loterii nebo jinou podobnou hru povolit, nebo se ukáže dodatečně, že údaje, na jejichž podkladě bylo povolení vydáno, jsou klamné.

[47] Podle čl. II odst. 1 věty druhé zákona č. 300/2011 Sb. povolení k provozování loterií a jiných podobných her vydaná před 1. lednem 2012 zanikají, s výjimkou loterií podle § 2 písm. c), ve lhůtě stanovené v povolení, pokud dále není stanoveno jinak.

[48] Dle výkladu předestřené stěžovatelkou by povolení k provozování loterií a jiných podobných her vydaná před 1. 1. 2012 nebylo možné zrušit. Podle názoru stěžovatelky by obce mohly regulovat provozování loterií a jiných podobných her na svém území pouze ve vztahu k povolením vydaným až po 1. 1. 2012. Stav, který by nastal na základě výkladu stěžovatelky, tedy že by obce musely tolerovat provozování loterií na základě starších povolení, přestože by to bylo v rozporu s jejich obecně závaznými vyhláškami, by byl protiústavním zásahem do práva obcí na samosprávu. Ústavní soud v nálezu 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13, č. 112/2013 Sb., jímž Ústavní soud zrušil čl. II odst. 4 zákona č. 300/2011 Sb., který zaváděl přechodné období, po němž nebylo možné zrušit povolení k provozování loterií a jiných podobných her, která byla v rozporu s obecně závaznými vyhláškami obcí, připomněl, že součástí práva obcí na samosprávu ve smyslu čl. 8, čl. 100 a čl. 104 odst. 3 Ústavy je také možnost obcí prostřednictvím vydávání obecně závazných vyhlášek regulovat provoz interaktivních videoloterních terminálů (IVT) na svém území. Ústavní rozměr práva na samosprávu pochopitelně nelze měnit obyčejným zákonem (srov. ustanovení čl. 9 odst. 1 Ústavy). Možnost usměrňovat na svém území provoz IVT obcím nebyla svěřena až přijetím zákona č. 300/2011 Sb., ale vyplývala již z ústavně zaručeného práva obcí na samosprávu. Ústavní soud konstatoval, že ochrana vlastnického práva, práva podnikat a legitimního očekávání provozovatelů IVT není legitimním cílem pro takový zásah do práva obcí na samosprávu.

[49] NSS zde odkazuje především na nosné důvody nálezu ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 6/13.

[50] Pokud by se měl čl. II odst. 1 věta druhá zákona č. 300/2011 Sb. vykládat stěžovatelčím způsobem, musel by NSS navrhnout Ústavnímu soudu jeho zrušení podle čl. 95 odst. 2 Ústavy. Tento postup však není nutný, neboť toto problematické ustanovení lze vyložit ústavně konformním způsobem tak, že úprava *zaníku* povolení k provozování loterií a jiných podobných her v přechodném ustanovení zákona č. 300/2011 Sb. se nedotýká pravomoci žalovaného *zrušit* povolení podle § 43 odst. 1 zákona o loteriích. Přijatelný je i výklad městského soudu, podle něhož formulace „*není-li dále stanoveno jinak*“ v čl. II odst. 1 zákona č. 300/2011 Sb. nemíří pouze do dalších ustanovení tohoto zákona, ale do celé úpravy provozování loterií a jiných podobných her, přičemž § 43 odst. 1 zákona o loteriích je právě oním případem, kdy je stanoveno jinak.

[51] Rovněž tuto námitku shledal NSS nedůvodnou.

IV.6. Legitimní očekávání stěžovatelky

[52] Otázkou legitimního očekávání provozovatelů loterií a jiných podobných her v kontextu postupu podle § 43 odst. 1 zákona o loteriích a obecně závazných vyhlášek obcí se NSS zabýval již v mnoha svých rozhodnutích. Stěžovatelka neuvedla žádnou okolnost, která by nyní posuzovaný případ skutkově odlišovala. Lze proto ve stručnosti odkázat na „pilotní“ rozsudek NSS sp. zn. 6 As 285/2014 v návaznosti na již citovaný náleží Ústavního soudu zn. Pl. ÚS 6/13. Stěžovatelka nemohla mít legitimní očekávání, které by spočívalo v naději, že její činnost nebude přinejmenším po určitou dobu regulována prostřednictvím obecně závazných vyhlášek obcí. Stěžovatelka si mohla být vědoma rizika, že do jejích práv může být zasáhnuto v důsledku přijetí,

pokračování

změny či zrušení právních předpisů, a to zákonů i podzákonných právních předpisů včetně obecně závazných vyhlášek, kterými obec realizuje své ústavně zaručené právo na samosprávu.

[53] Účinky § 43 odst. 1 zákona o loteriích nezakládají pravou ani nepřipustnou nepravou retroaktivitu. 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. Nejednalo se o změnu právní úpravy na zákonné úrovni, ta zůstávala – odhlédneme-li od *intermezza* v podobě přechodných ustanovení zákona 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 povolení žalovaný přistoupil z impulsu nálezové 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 (viz rozsudek NSS sp. zn. 6 As 285/2014).

V. Závěr a náklady řízení

[54] Z uvedených důvodů dospěl NSS k závěru, že kasační stížnost je důvodná, a proto rozsudek městského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení (§ 110 odst. 1 věta první s. ř. s.). V něm je městský soud vázán právním názorem vysloveným NSS v rušícím rozhodnutí (§ 110 odst. 4 s. ř. s.).

[55] V novém rozhodnutí rozhodne městský soud rovněž o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

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

V Brně dne 4. května 2021

Ondřej Mrákota
předseda senátu